

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

قسم الشريعة والقانون

كلية الشريعة والاقتصاد



الإلزام في التصرفات المالية عند ابن حزم الظاهري

مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور

إعداد الطالبة

كمال لدرع

سورية عائشة باية بن حسين

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	أعضاء اللجنة
رئيسا	قسنطينة - جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ	أ.د. سمير جاب الله
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	أستاذ	أ.د. كمال لدرع
عضوا	جيجل - جامعة محمد الصديق بن يحيى	أستاذ	أ.د. مراد كاملي
عضوا	قسنطينة - جامعة الأمير عبد القادر	محاضر - أ-	د. زهرة بن عبد القادر
عضوا	باتنة - جامعة الحاج لخضر 1	محاضر - أ-	د. عبد الحق ميجي
عضوا	باتنة - جامعة الحاج لخضر 1	محاضر - أ-	د. عبد الرحمن رداد

السنة الجامعية: 1439-1440هـ / 2018-2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

العلوم الإسلامية

شكر وتقدير

يردد القلب ويلهج اللسان ويخط البنان، كريم كرمه وجميل عنايته وعظيم فضله وإحسانه، فيسجد القلب والروح قبل الجسد، فاللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت .

وأقدم بخالص الشكر والتقدير لسعادة الأستاذ الدكتور كمال لدرع، على كل ما تفضل به من ملاحظات وتصويبات وسعة صدر، ومصاحبة منذ فترة الماجستير بإشرافه، ومعاودته لمرحلة الدكتوراه .

كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير، لكلية الشريعة والاقتصاد وخاصة أساتذة قسم الشريعة والقانون، على كل مساعدة قدمت لي لإنجاز هذا العمل.

العلماء للعلوم الإسلامية

الإهداء

إلى ...

والذي رحمه الله تعالى .

ووالدتي حفظها الله تعالى .

إلى ...

أسرتي الصغيرة .

أهدي هذا العمل .

جامعة الأمير
الاسلامية

المقدمة

جامعة الأمير
عبدالمبارك
للعلوم الإسلامية

أولاً: موضوع البحث

لما كان المال قوام الحياة، وسببا لبقاء البشر واستمرار حياتهم، ووسيلة لجلب مصالحهم، كانت له المكانة السامية في الاعتبار والاهتمام، ويظهر هذا من استقراء أدلة الشريعة المختلفة من الكتاب والسنة، الدالة على العناية بمال الأفراد خاصة، ومال الأمة وثروتها عامة. ولذلك " لو عدم المال لم يبق عيش¹ ". و قد بينت الشريعة طرق اكتسابه وكيفية إنفاقه وضبطت ذلك بجملة من الأحكام.

و من المعلوم أن قصد الشريعة من التصرفات المالية حفظ الأموال من كل ضرر يلحقها أو يلحق مالكها، وإلزام الممتنع عن أداء الحقوق والوفاء بآثار العقود وأحكامها التابعة لها، بوجوب تسليم المبيع للمشتري والتمن للبائع، وتسليم الأجرة للمؤجر، والتخلية بين المستأجر والعين المؤجرة، وأداء الديون، ومنع الضرر عن الغير، والنفقة على الزوجة والأولاد، ونحوها من أوجه الإلزام التي يطالب بها الممتنع عن أدائها.

و هذه الالتزامات إنما ثبتت عليه بقوة الشرع، إما بتكليفه ابتداء، أو نتيجة لعقود وتصرفات جعلها الشارع سببا للالتزامات معينة، تترتب على المكلف بمجرد مباشرتها والإتيان بها.

و قد جعلت الشريعة من حق الإمام الأعظم (رئيس الدولة) ومن يقوم مقامه من القضاة والولاة، أن يحمل الممتنعين على أداء الحقوق لأصحابها والوفاء بها طوعا وكرها، دفعا لضرر الامتناع وجلبا لمصلحة الإلزام.

وهو ما سنتبينه من خلال ما سنعرضه في هذه الرسالة من مباحث تحت عنوان: " الإلزام

في التصرفات المالية عند ابن حزم الظاهري مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري. "

¹ - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1997م، ج2 ص 32.

ثانيا: إشكالية البحث

وصف الإمام ابن حزم - رحمه الله تعالى - بالجمود على الظاهر وبالحرفية المتشددة في فهم النص، وأنه ألغى العقل فلم يعد له دور من قريب أو بعيد في بيان الأحكام الشرعية، واقتصر على ظاهر الكتاب والسنة وإجماع الصحابة فقط، وأنكر القياس قولا واضطر إليه فعلا فسماه الدليل.

و أصبح لا يذكر اجتهاد ابن حزم؛ إلا فيما خالف فيه بقية المذاهب من أصول أجمعوا عليها، أو في مسألة شذ فيها شذوذا واضحا، واكتفوا بفتوى مترددة بينهم أنه لا يعتد بخلاف الظاهرية في الإجماع.

وتمثل مسألة الإلزام في التصرفات المالية موضوعا خصبا للتعليل المصلحي لكونها معقولة المعنى، وكشف المناط الذي علقت به سهل ميسر على العقلية الأصولية، في تعديتها لحكم الأصل إلى الفرع وفق قاعدة كشف مراد الشارع. خاصة إذا وضعنا في حُسابنا أن الإلزام في الأموال هو استثناء من قاعدة "الأصل براءة الذمة". فكيف تعامل معها صاحب المنهج النصي مع ما وصف به من سقوط في ظاهرية الفهم وحرفية التفسير وإنكار للتعليل؟ وهل ستكون اجتهادات ابن حزم عقيمة، تنافي الفطرة السليمة في الأخذ بالمصلحة ودفع المفسدة؟.

و سأحاول بحث هذه الإشكالية من خلال الإجابة على التساؤلات الآتية:

- كيف تعامل ابن حزم مع مقصد حفظ المال؟ وما هي الوسائل المعتبرة وفق المنهج النصي في المحافظة عليه؟

- ما هي مرجعية الإلزام عند ابن حزم وما هي حدوده وضوابطه؟ وهل يرتبط بتحقيق مصلحة ودفع مفسدة؟ أو هو مجرد وسيلة لاستفتاء الناس حقوقها.

- ما مدى اتفاق أو اختلاف المنهج الظاهري مع المنهج المصلحي (المذهب المالكي والقانون الجزائري)، في الاجتهادات الخاصة بالإلزام في التصرفات المالية سواء من حيث تحديد الرؤية أو

الوسائل أو النتائج؟

- ما هي الإجراءات والقواعد المتبعة، لإلزام الممتنعين من أداء الحقوق في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

- إلى أي مدى يمكن للمشرع الجزائري؛ أن يستفيد من الاجتهادات الفقهية الخاصة بالمنهج الظاهري والمذهب المالكي؟

ثالثا: أسباب اختيار البحث

يمكن إجمال أسباب اختيار البحث في النقاط التالية:

1- نجد هذا التوصيف الذي غلب على المنهج الظاهري، مصاحب للباحثين أثناء كتاباتهم متوارث فيما بينهم، وإن كان الصواب التعري من كل مؤثر سلمي أو إيجابي له فاعليته في قراءة الفكر الظاهري. ومن هنا كان هذا البحث (توصيف ومراجعة)، عن طريق إثارة مسألة قائمة على التعليل المصلحي سواء عند المذهب المالكي أو المشرع الجزائري، لنرى كيف تفاعل معها ابن حزم. فهل هي الحرفية أو الاحترافية في التلقي والتزليل؟.

2 - أهمية موضوع الإلزام من الناحية الشرعية والعلمية، إذ أنه يبين وبكل وضوح أن من حق الإمام العام ومن يقوم مقامه من القضاة والولاة، أن يحمل الممتنعين عن أداء الحقوق على الوفاء بها طوعا أو قهرا، مما يؤكد أن الوفاء بالالتزامات في الشريعة الإسلامية يستند إلى قواعد إيمانية في نفوس المسلمين، وإلى قواعد قضائية وإجراءات تنفيذية تجري تحمل المماطلين على أداء الأمانات والقيام بالحقوق والواجبات.

3- القراءة الموازية للاتجاه الظاهري والاتجاه المقاصدي؛ في تكييفهما وتوجيههما للإلزام في التصرفات المالية.

4 - إلى أي مدى يمكن إثراء المنظومة التشريعية الجزائرية باجتهادات المنهج الظاهري والمذهب المالكي في المعاملات المالية؟

رابعاً: أهداف البحث

لا تتضح رؤية أي مشرع إلا إذا حددت أهدافه وغاياته، ويمكن حصر أهداف البحث في النقاط التالية:

1- تفعيل قواعد المنهج الظاهري والاستفادة منها، بإعمالها في الواقع الفقهي بثوابته ومتغيراته.

2- مدى اعتبار مقاصد الشريعة عند ابن حزم في التصرفات المالية.

3- بيان ضوابط وحدود قاعدة "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على والعدوان" عند ابن حزم من خلال إزماته -وهي تمثل الصيغة المقابلة "لجلب المص ودرء المفسدة-".

4- بيان المسائل المتفق عليها والمختلف فيها بين ابن حزم والفقهاء المالكية، فيما ين بالإلزامات في التصرفات المالية من شأنه أن يثري الفقه الإسلامي، وذلك بالتقريب المنهج النصي والمنهج المقاصدي.

5- الموازنة بين اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي في التصرفات المالية.

6- بيان موقف الفقه الإسلامي (ممثلاً في الظاهرية والمالكية) من إجراءات الإلزام الخاصة بالقانون الجزائري. ومدى موافقتها أو مخالفتها لمقصد الشارع في رفع الظلم عن الناس وتمكينهم من حقوقهم.

خامساً: منهج البحث

سوف أعتمد في دراسة هذا الموضوع على عدة مناهج تتكامل في ما بينها وهي:

المنهج الاستقرائي:

وذلك بتتبع أقوال ابن حزم واجتهاداته في "الإلزام في التصرفات المالية" من خلال

مصنفاته الفقهية والأصولية، بحيث تكون هي محور الدراسة.

المنهج التحليلي:

ثم تحليل هذه الاجتهادات وفق قواعد وأصول المنهج الظاهري، لبيان مدى التزام ابن حزم بها. ومن ثمة معرفة مدى نجاعة أو قصور المنهج الظاهري في تنزيل الأحكام الشرعية.

المنهج المقارن:

ويكون بمقارنة اجتهادات ابن حزم في الإلزام في التصرفات المالية، مع المذهب المالكي والتشريع الجزائري.

سادسا: المنهجية المتبعة في إعداد البحث

اتبعت المنهجية التالية في إعداد الرسالة:

- الاعتماد على مصحف حفص عن عاصم.
- تخريج الحديث من الصحيحين أولا والاكتفاء بهما، فإن تعذر صرت إلى غيرهما من كتب السنن.

- حققت مناط المسألة مع اعتبار الأوصاف المؤثرة في الحكم لكل منهج قدر استطاعتي، واعتبرته محور المقارنة بين المناهج الثلاث الظاهرية والمالكية والتشريع الجزائري.
- اعتمدت على المقارنة المتزامنة والآنية بين المناهج الثلاث.

- لم أقم بترجمة جميع الأعلام لكثرتهم، والقيام بما يستدعي وقتا طويلا.

سابعا: الدراسات السابقة

وقد استفرغت ما وسعني من الجهد في التعرف على ما كتب سلفا في هذا الباب، فوقفت على جملة من الرسائل ذات الصلة بموضوع البحث، وسأحاول عرض مضمونها لبيان الجديد الذي سيضيفه مشروع بحث: الإلزام في التصرفات المالية عند ابن حزم الظاهري مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري.

1- الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي لوليد خالف الربيع⁽¹⁾

تناول الباحث: "الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي" وسلك فيه مسلك المقارنة بين المذاهب الفقهية الثمانية المشهورة وهي: المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، بالإضافة إلى المذهب الظاهري والإمامي والزيدي والإباضي، وذلك في أغلب المسائل الخلافية التي تناولها الباحث.

قسم الباحث خطة البحث إلى تمهيد وخمسة فصول.

التمهيد: تناول فيه معنى الإلزام لغة واصطلاحاً. وبيان العلاقة بين الإلزام والالتزام والإكراه. وبيان جهة الإلزام.

الفصل الأول: الإلزام بدفع الأموال.

الفصل الثاني: الإلزام بتزاع الأموال.

الفصل الثالث: الإلزام بالانتفاع بملك الغير.

الفصل الرابع: الإلزام بإزالة الضرر.

الفصل الخامس: الإلزام بصيانة وعمارة الأملاك.

و اختلف مع الباحث في دراستي من حيث ما يلي:

- تناول الإلزام عند شخصية معينة وهي الإمام ابن حزم -رحمه الله تعالى- ومنهج محدد وهو المنهج الظاهري.

- لم يعط الباحث المنهج الظاهري حقه من الدراسة، وأنا أحاول أن أفصل وجهة نظر ابن حزم -رحمه الله تعالى- ومقارنتها بالمذهب المالكي والقانون الجزائري، فهي دراسة بين الاتجاه النصي والاتجاه المقاصدي.

(1)-الأردن: دار النفائس، ط1، 2007م .

2- الإلزام دراسة نظرية وتطبيقية من خلال إزمات ابن حزم للفقهاء، فؤاد بن يحيى بن

عبد الله بن هاشم⁽¹⁾.

قسم الباحث دراسته إلى تمهيد وثلاثة أبواب :

التمهيد: تناول فيه ترجمة ذاتية وعلمية لابن حزم، وكذلك صلة ابن حزم بالإلزام وتعلق الإلزام بالعلوم.

الباب الأول: دراسة نظرية الإلزام من حيث التعريف والشروط والأركان والأقسام والمصادر والغايات، ومن حيث أثر اللزوم في المذهب وفي ترتيب الدليل.

ويشتمل كذلك على دراسة تاريخية ومنهجية في الإلزام، وموقعه في القرآن والسنة واستعمالات الصحابة، ثم دراسة في اعتبار "الإلزام" في المدارس الفقهية الأربعة.

الباب الثاني: دراسة تطبيقية في مسالك الإلزام.

الباب الثالث: دراسة تطبيقية في إزمات ابن حزم، من حيث إزماته في إبطال أصول المخالفين وكذلك من حيث استخلاص النتائج من إزماته لأهل العلم.

ويشتمل هذا الباب على دراسة تطبيقية ونقدية في عشرة نماذج من إزمات ابن حزم.

و واضح من هذا العرض أن مسار البحثين مختلف، وإن كان هناك تشابه في استعمال مصطلح الإلزام. فالباحث فؤاد بن هاشم يقصد به إفحام ابن حزم للفقهاء، وأقصد بالإلزام الإيجاب على الغير من صاحب سلطة شرعية وحمله على فعل أمر أو الامتناع عنه.

3- نظرية العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي أصولها ومقوماتها، نذير بوضبع⁽²⁾.

وقد قسم الباحث كتابه إلى بايين:

(1) - رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، شعبة الفقه، 1425هـ-1426هـ.

(2) - نظرية العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي أصولها ومقوماتها، ط1، بيروت: دار ابن حزم، 2010م.

الباب الأول: ابن حزم وبناء الأصول على اليقين.

وينقسم إلى فصلين:

الفصل الأول: ابن حزم حياته وعصره ومساره العلمي.

الفصل الثاني: نظرية البحث الأصولي عند الإمام ابن حزم.

الباب الثاني: معالم النظرية في فقه الإمام بن حزم.

وينقسم إلى فصل تمهيدي، وسبعة فصول.

الفصل التمهيدي: لمحة وجيزة عن العقود وتطورها.

الفصل الأول: عناصر العقد ومقوماته.

الفصل الثاني: العاقدان.

الفصل الثالث: النيابة الشرعية.

الفصل الرابع: محل الالتزام العقدي وسبب الالتزام.

الفصل الخامس: سلطان الإدارة العقدية.

الفصل السادس: الخيارات.

الفصل السابع: آثار العقد وانحلاله.

واضح هنا اختلاف مسار الباحثين، وإن كان العقد من بين مباحث الإلزام في التصرفات المالية.

ثامنا: خطة البحث

وقد اشتمل هذا العمل على مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

فأما المقدمة فهي ما نحن فيه. وأما الفصول الثلاثة فهي كالتالي:

الفصل الأول:

مدخل عام للإلزام في التصرفات المالية عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: ترجمة ابن حزم والمذهب المالكي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: تحديد المفاهيم والمصطلحات.

المبحث الثالث: مقاصد التشريع المالي عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري.

المبحث الرابع: إجراءات إلزام الممتنعين عن أداء الحقوق عند ابن حزم والمالكية والقانون

الجزائري.

الفصل الثاني:

الإلزام بدفع الأموال عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري

المبحث الأول: الإلزام بدفع الزكاة والصدقة والجزية.

المبحث الثاني: الإلزام بدفع النفقة والوصية وأمور الجنائيات.

المبحث الثالث: الإلزام بسداد الديون والإجارة والبيع.

الفصل الثالث:

الإلزام بتزاع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي والقانون

الجزائري

المبحث الأول: الإلزام بتزاع الملكية.

المبحث الثاني: الإلزام بتقييد الملكية.

الخاتمة: وبها نتائج البحث

الفصل الأول:

مدخل عام للإلزام في التصرفات المالية
عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري

تقديم:

يعتبر هذا الفصل توطئة للفصول التي ستعالج أحكام الإلزام في التصرفات المالية عند ابن حزم، مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري، وهذا من خلال ترجمة التشريعات الثلاث في المبحث الأول، ثم تحديد مفاهيم ومصطلحات البحث والمتمثلة في الإلزام والتصرفات المالية في المبحث الثاني، ويليهما مقاصد التشريع المالي عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري في المبحث الثالث، وأخيرا إجراءات إلزام الممتنعين عن أداء الحقوق عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري في المبحث الرابع.

المبحث الأول: ترجمة ابن حزم والمذهب المالكي والقانون الجزائري

والغرض من هذا المبحث؛ التعريف بابن حزم وبالمالكية وبالقانون الجزائري وبمناهجهم الاجتهادية. لنستطيع من خلالها بناء تأسيس فقهي صحيح للإلزام في التصرفات المالية.

المطلب الأول: التعريف بابن حزم وبمنهجه الظاهري

الفرع الأول: ترجمة ابن حزم.

لقد حفلت كتب التراجم والسير بترجمة ابن حزم-رحمه الله تعالى-⁽¹⁾ (384ه-456ه) شأنه شأن بقية العلماء، فضلا عما دونه عن سيرته الذاتية في كتابيه: "طوق الحمامة في الألفة والإلاف"⁽²⁾، و"الأخلاق والسير في مداواة النفوس"⁽³⁾، ومن أنصف ما قيل في ترجمته ما ذكره القاضي أبو طالب عقيل بن عطية القضاعي المالكي ت 608ه: "وهذا الرجل قد غلت فيه طائفتان، إحداهما: تعظمه تعظيما مفرطا بحيث تقلده في جميع أقواله، ولا ترى مخالفته في شيء

(1) _ يمكن مراجعة ترجمة ابن حزم-رحمة الله تعالى- مفصلة عند:

- ياقوت الحموي، معجم الأدياء، ط2، مصر: المطبعة الهندية، ج5 ص68-97.
- المقري، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، دط، بيروت: دار صادر 1968م، ج3 ص85-86.
- ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دط، بيروت: دار الكتب العلمية، دت، ج3 ص299-300.
- ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ت: محي الدين عبد الحميد، ط1، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، 1948م، ج3 ص13-17.
- ابن حجر العسقلاني، لسان الميزان، ط2، بيروت: مؤسسة الأعلی للمطبوعات، 1971م، ج4 ص198-202.
- جمال الدين القفطي، أخبار العلماء بأخبار الحكماء، دط، مصر: مطبعة السعادة، ص156.
- ابن بسام، الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة، ت: إحسان عباس، ليبيا: الدار العربية للكتاب، 1975م، المجلد الأول ص167-175.

- صاعد الأندلسي، طبقات الأمم، دط، مصر: مطبعة التقدم الحديثة، دت، ص101-102.
- ابن كثير، البداية والنهاية، ط1، بيروت: مكتبة المعارف، 1966م، ج12، ص91-92.
- (2) _ ابن حزم، طوق الحمامة في الألفة والإلاف، ضمن رسائل ابن حزم الأندلسي، ت: إحسان عباس، ط1، بيروت:

المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1980م، ص115-125-130.

- (3) _ ابن حزم الأخلاق والسير، ت: إيقار رياض، تعليق: عبد الحق التركماني، ط3، بيروت، دار ابن حزم 2009م، ص109 وما بعدها.

من مذهبه، وإذا ظهر لها في كلامه الخطأ البين والوهم الصراح لم تقبله، وأحالت بالوهم والخطأ على من يتعاطى الرد عليه، أو على أنفسها بالعجز عن الانتصار لذلك القول المردود عليه.

والطائفة الثانية: تزري عليه وتخط من قدره حتى تعتقد أن لا حسنة عنده، فإذا ظهر لها ما في قوله من الجودة، وبين لها صحة ما ذهب إليه في أمر ما، مما يتكلم عليه أو يتمذهب به، لم تقبله—أيضا— واعتقدت في من يبين ذلك ويتحكم فيه أنه على مذهبه الذي ينتحله. وقد يكون في هذه الطائفة: من لا يفهم قوله ولا يدري معناه لكن يكرهه تقليدا، ويستصوب قول من يرد عليه في الجملة.

وكلتا الطائفتين مخطئة فيما توهمته عليه من الإحسان المجرد أو من الإساءة المجردة. بل هو واحد من العلماء ومن يقصد الحق عند نفسه فيما يراه، ويؤثر العدل فيما يظنه ويتحراه، فتارة يخطئ وتارة يصيب. فإذا أصاب فقوله سامق جدا وإذا اخطأ فقوله نازل جدا، لأن أكثر أقواله إنما تأخذ بالطرفين. وغيره من العلماء قد يكون صوابه قريبا من خطئه، أعني إذا أصاب يكون صوابه قريب المرام، ليس فيه ذلك الغموض وإذا أخطأ لم يكن في ذلك الخطأ الشذوذ ولا كبير تعسف. وهذا الذي قلناه هو الإنصاف في جانب أبي محمد—رحمه الله—، والاعتدال الذي ينبغي أن يعتقد فيه"⁽¹⁾ ومنه نسير إلى بيان قواعد المنهج الظاهري، التي يعتمد عليها ابن حزم في تعامله مع النص الشرعي.

الفرع الثاني: قواعد المنهج الظاهري

يقوم المنهج الظاهري على ثلاثة قواعد وهي: (اليقين ونفي الظن)، و(الظاهر ونفي التأويل) و(الاجتهاد ونفي التقليد).

(1) _ أبو طالب عقيل بن عطية القضاعي، تحرير المقال في موازنة الأعمال وحكم غير المكلفين في العقبى والمآل، ومعه مراتب الجزاء للحميدي، ت: مصطفى باجو، دط، أبو ظبي: دار الإمام مالك، دت، ج 1 ص 144 و ما بعدها.

أولاً: قاعدة اليقين ونفي الظن.

أسس ابن حزم مفهوم اليقين على المعرفة الاضطرارية، والبديهيات العقلية والخبرات الحسية الفطرية، ودعمه بقراءته لمنطق أرسطو، واستثمره عملياً وتطبيقياً في قراءته للبيان العربي. وقد استعان بهذا التأسيس والتدعيم في تشييد خطابه الأصولي، في كتابه الإحكام في أصول الأحكام، وبالتالي فإن أدوات المعرفة الأصولية تكتسب معناها وتحدد درجة قبولها عند ابن حزم، بقدر إنتاجها للمعرفة اليقينية⁽¹⁾.

و تتمثل مصادر اليقين في فهم خطاب الله تعالى، عند ابن حزم في مصدرين اثنين، أولهما: الشريعة كاملة، وثانيهما: الشريعة تعبدية.

1 - الشريعة كاملة:

يعتبر ابن حزم الوحي مصدراً من مصادر المعرفة اليقينية، ونظرته إلى (النص = الكتاب والسنة) نظرة تكاملية تكاد أن تحتزل لتصبح مصدراً واحداً⁽²⁾، قال تعالى: ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۚ ۝٢ ۚ إِنَّ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۚ ۝٤ ﴾ (النجم: 4، 3)، وكمال الشريعة عند ابن حزم يستلزم صفتين وهما: نفي التعارض بين نصوص الوحي، وشمولية النص للحوادث.

1-1 - نفي التعارض بين نصوص الوحي. ينفي ابن حزم التعارض بين نصوص الوحي

فلا تعارض بين نصوص القرآن فيما بينها، ولا تعارض بين نصوص السنة بعضها مع البعض، ولا تعارض بين نصوص القرآن والسنة يقتضي إهمال بعضها، قال رحمه الله تعالى: "صح بهذه

(1) -أ.حمد علي الديري، طوق الخطاب دراسة في ظاهرية ابن حزم، ط1، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2007م، ص 52-75. عبد المالك بن عباس، المنطق عند ابن حزم بين الأصول الأرسطية والزرعة الظاهرية، رسالة دكتوراه، تحت إشراف: د سعيد اعليوان، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2010م، ص 132 وما بعدها.

(2) - راجع فريد هادي، فقه المشترك الإنساني عند الظاهرية ابن حزم نموذجاً، ورقة بحث مقدمة إلى مؤتمر الفقه الإسلامي المشترك الإنساني والمصالح"، سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الندوة الثالثة عشر، تطور العلوم الفقهية، ص36 وما بعدها.

الآية صحة ضرورية؛ أن القرآن والحديث الصحيح متفقان هما شيء واحد، لا تعارض بينهما ولا اختلاف"⁽¹⁾.

ويتطلب العمل وفق قاعدة نفي التعارض بين النصوص، إيجاد آلية قرائية لحل مشكلة ما يبدو تعارضاً بين نصوص الوحي، فكيف تعامل ابن حزم مع هذه الإشكالية؟
لقد وضع ابن حزم أربع مصطلحات لتحقيق مبدأ التوافق بين النصوص، ووظفها بطريقة ثنائية (النص الأقل معاني / النص الأكثر معاني)، والمقصود بهما الاسم الأخص والاسم الأعم. فيستثنى الأقل من الأكثر، وثنائية (معهود الأصل / الحكم الزائد) والمقصود بهما الإباحة الأصلية، وما ورد به الشرع من أحكام تزيد على معهود المكلفين من عدم الإلزام.

1-2- النصوص شاملة لجميع الحوادث والنوازل:

يجد ابن حزم في قوله تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ﴾ (الأنعام: 38) سنده الشرعي، في كون نصوص الوحي، شاملة لجميع النوازل التي تحدث للمخاطبين بأحكام الشريعة. وشمولية النص عند ابن حزم؛ تقتضي أن لا يتدخل العقل البشري في التشريع الإلهي، وبالتالي فلا مساع للتعليل وللقياس الفقهي، وإنما هو الوقوف عند النص لفظاً ومعنى فقط.

فقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (البقرة: 29) وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ (الأنعام: 119) وقوله ﷺ: "الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه"⁽²⁾. توضح ميزان تعامل ابن حزم مع الحوادث والنوازل، فدخول المستجد في الحكم الشرعي يكون إما من جهة اللزوم، وإما من جهة الحث

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ت: أحمد محمد شاكر، دط، بيروت: دار الآفاق الجديدة، دت، ج 1 ص 100 وج 2 ص 35.

(2) - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دط، دار إحياء الكتب العربية، باب أكل الجبن والسمن، ج 2 ص 1117.

الذي لا لزوم فيه، فاللزوم يشمل لزوم الفعل وهو الإيجاب، ولزوم الترك وهو التحريم. والحث يشمل حث على الفعل وهو الندب، وحث على الترك وهو الكراهة، وهما المباح المقيد، وما سكت عنه الشرع فهو مباح بالعفو.

2- الشريعة تعبدية:

قال تعالى: ﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ﴾ (الأنبياء: 23)، هذا النص يمثل الركيزة الأساسية للمفهوم الحزمي في نفي التعليل⁽¹⁾. فالمولى عز وجل لا يفعل شيئاً لعله، فلا علة لما فعل، ولا علة لما لم يفعل، لأنه لا شرط عليه، ولا علة موجبة عليه أن يفعل شيئاً، لأن الفعل لعله يلزم عنه لوازم تمنع في حق الله تبارك وتعالى، ولأن هذه صفة الخلق والله خلاف خلقه من كل الوجوه، فيجب أن يكون فعله لا لعله، بل لأنه شاء ذلك، لقوله تعالى: ﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ﴾ (الأنبياء: 23) وقال تعالى أيضاً: ﴿فَعَالٌ لِّمَا يُرِيدُ﴾ (البروج: 16)، فلا يسأل المولى عز وجل عما يفعله لعظمته وقوة سلطانه⁽²⁾.

ويترتب على هذا الاستدلال النتائج التالية:

- أ- أن العلل كلها منفية عن أفعال الله تعالى، وعن جميع أحكامه البتة⁽³⁾.
- ب- ليس لدين الله تعالى علة ولا فيه سر، إلاّ ليدخل الجنة من أطاع ويدخل النار من عصي⁽⁴⁾.

(1) - ابن حزم، الصادع في الرد على من قال بالقياس والرأي والتقليد والاستحسان والتعليل، علق عليه، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، الأردن: الدار الأثرية، 2008م، ص 518 وما بعدها

(2) - ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، دط، بيروت: دار الكتب العلمية، دت، ج1 ص 87-88. والأصول والفروع، ت: محمد عاطف العراقي وآخرون، دط، القاهرة: النهضة العربية، دت، ج1 ص 181.

(3) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج8 ص 103. توفيق الغلبزوري، المدرسة الظاهرية بالمغرب والأندلس، ط1، الرياض: دار ابن حزم، 2006م، ص 592 وما بعدها.

(4) - ابن حزم، المحلى، ت: أبو عبد الرحمن بن عقيل وعبد الحليم عويس، نشرت ضمن: كتاب الذخيرة من المصنفات الصغيرة، ط1، الرياض، مطابع الفرزدق، 1983م، ص 86.

ج- حكم من سأل الله تعالى عما يفعل أنه عصى وأُخذ في الدين⁽¹⁾.

د- أن الله تعالى لم يذكر لفظه إلا لفائدة وكذلك رسوله ﷺ، ولكن يخالف ابن حزم أهل القياس في ماهية تلك الفائدة، فالفائدة في كل لفظة عنده هي: الانقياد لمعناها والحكم بموجبها، والأجر الجزيل في الإقرار بأنها من عند الله عز وجل⁽²⁾.

إنَّ أهم مبدأ استند إليه ابن حزم في تفكيك البناء الأصولي، لعلاقة المشابهة التي يستند إليها القياس، هو مبدأ التفريق بين الشرعيات والطبيعات، وهذا التفريق قائم أساساً على مفاهيم الحدود التي تحكم الأجناس والأنواع والفصول.

فلا اعتراض لابن حزم على التعليل الطبيعي، بل العلم في نظره هو العلم بالعلل ذاتها، وهو المنصوص في قوله: " فالعلم معرفة العلل والرسوخ فيه بقدر الرسوخ فيها."⁽³⁾ يعني أن العلم لا يقتصر على الوقوف عند المعرفة السطحية للظواهر الطبيعية، بل هو النفاذ إلى عمق القوانين التي تحكمها وفي مقدمتها قانون العلية، "فالعلة هي اسم لكل صفة توجب أمراً إيجاباً ضرورياً"⁽⁴⁾. إن العلاقة التي تحكم الأشياء في الطبيعة هي علاقة ضرورية غير منفكة، ومن هنا يمكن تعليل الطبيعيات. أما الأحكام في الشرعيات فلا يمكن أبداً تعليلها، قال رحمه الله تعالى: "وأما الشرائع فغير مستقرة، ولم يزل تعالى منذ خلق الخلق ينسخ شريعة بعد شريعة، فيحرم في هذه ما أحلَّ في تلك، ويسقط في هذه ما أوجب في تلك، ويوجب في هذه ويحل فيها ما أسقط في تلك. إلى أن نص الله تعالى أنه لا تبدل هذه الملة أبداً، فصح أن من شبه الطبائع التي تعلم بالحس والعقل، بالشرائع التي لا تعلم إلا بالنص. لا مدخل للعقل ولا للحس في تحريم شيء منها، ولا في إيجاب فرض منها، إلا بعد ورود النص بذلك فهو غافل جاهل"⁽⁵⁾. ولا

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8 ص 103.

(2) - المصدر نفسه، ج 7 ص 12.

(3) - ابن حزم، رسائل ابن حزم الأندلسي، ج 4 ص 396.

(4) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8 ص 99.

(5) - المصدر السابق، ج 7 ص 186 - 187.

يمكن للعقل أن يمارس إزاءها غير فاعلية الفهم والتمييز والانقياد لها، قال ابن حزم: "وأما حجة العقل حق، وليس في العقل تحريم ولا تحليل، وإنما فيه معرفة الأشياء على ما هي عليه، والفهم عن الله تعالى وعن رسول الله ﷺ والمعرفة بوجوب الطاعة في ذلك"⁽¹⁾.

ثانيا: قاعدة الظاهر ونفي التأويل

لم يكن ابن حزم عالما لغويا ولا نحويا بالمعنى التخصصي المتعارف عليه، فقد كان فقيها وأصوليا، ولذلك لم تشغله اللغة المعيارية في بعدها النحوي أو اللغوي، بقدر ما شغلته اللغة في بعدها الدلالي، وهذا ما جعل من خطابه الواصف للغة خطابا معنيا بالمعنى وطريقة وقوع الأسماء على مسمياتها⁽²⁾. فما حقيقة اللغة عند ابن حزم، ولماذا جعل رحمه الله تعالى، الأخذ بالظاهر معيارا لفهم خطاب الله تعالى.

1- حقيقة اللغة عند ابن حزم:

خصص ابن حزم الباب الرابع من كتابه "الإحكام في أصول الأحكام" (في كيفية ظهور اللغات أعن توقيف أم عن اصطلاح) للبحث عن أصل اللغة، والبحث في أصل اللغة مسألة لها أهميتها في فكر ابن حزم، فهو يبرهن ويجادل عنها كلما تكرر ذكرها في كتبه ومصنفاته، إذ تشكل عنصرا له خطره وأهميته في فكره الأصولي خاصة ومنهجه عامة.

يستدل ابن حزم على أن اللغة توقيفية منه تبارك وتعالى بنوعين من البراهين، برهان نقلي وبرهان تمليه الضرورة. أما النقلي فقولته تعالى: ﴿ وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ﴾ (البقرة: 31) هذا البيان الذي بانته الملائكة والإنس والجن من سائر النفوس الحية، ولا فرق في ذلك بين

(1) - ابن حزم، الدرّة فيما يجب اعتقاده، ت: أحمد بن ناصر الحمد، ط1، القاهرة، مطبعة المدني، 1988م، ص422، وأيضا الإحكام في أصول الأحكام، ج1 ص27-28 وج5 ص176، ورسالة في مداواة النفوس ضمن رسائل ابن حزم، ج1 ص378.

(2) - علي أحمد الديري، طوق الخطاب دراسة في ظاهرية ابن حزم، ص90.

لغة وأخرى... فالله تعالى هو الواضع للغات كلها⁽¹⁾.

وقد تكرر احتجاج ابن حزم بهذه الآية، كلما عرضت أمامه قضية خلق اللغة في كتابه الإحكام في أصول الأحكام، الجزء الأول الباب الرابع⁽²⁾، وفي فاتحة كتاب التقريب لحد المنطق والمدخل إليه⁽³⁾، وفي كتابه الفصل في الملل والأهواء والنحل الجزء الخامس في مبحث الاسم والمسمى⁽⁴⁾.

أما البرهان العقلي: فالعقل يقتضي أن الاصطلاح على تواضع لغة يستلزم كلاماً أو لغة يتخاطب بها المصطلحون، ولا يتم ذلك إلا بعد سنين طويلة تكفل لهم معرفة الموجودات وحدودها⁽⁵⁾.

والقول بالتوقيف في أصل اللغة عند ابن حزم الظاهري، تترتب عليه النتائج التالية⁽⁶⁾:

أ- وضع المولى عز وجل الألفاظ للتعبير عن المعاني التي سماها بها، فهي كلمات مستقرة في النفس لدى جميع ناطقيها، بنفس الكيفية مما يستدعي أن تكون معانيها متماثلة. وعليه؛ فمعيار الحقيقة والخطأ في الشرع سيبقى معياراً في اللغة لا في فكر الإنسان، وهو المستفاد من قول ابن حزم: "وقد علمنا ضرورة أن الألفاظ إنما وضعت ليعبر بها عما تقتضيه في اللغة، وليعبر بكل لفظة عن المعنى الذي علقت عليه، فمن أحالها فقد قصد إبطال الحقائق جملة، وهذا غاية الإفساد"⁽⁷⁾.

(1) _ ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج 3 ص 20 وما بعدها.

(2) _ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 29 وما بعدها.

(3) _ ابن حزم، التقريب لحد المنطق والمدخل إليه، ت: عبد الحق التركماني، ط 1، بيروت: دار ابن حزم، 2007م، ص 312.

(4) _ ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج 3 ص 20 وما بعدها.

(5) _ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 30.

(6) _ راجع: - سالم يفوت، ابن حزم والفكر الفلسفي بالمغرب والأندلس، ط 1، المغرب: المركز الثقافي العربي، 1986م، ص

117 وما بعدها. صلاح الدين رسلان، الأخلاق والسياسة عند ابن حزم، دط، القاهرة: مكتبة فحضة الشرق، دت، ص 73

وما بعدها. نذير بوضيع، بنية المنهج وفلسفته عند ابن حزم، دط، الجزائر: دار هومه، 2004م، ص 111 وما بعدها.

(7) _ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 85.

ب- يرى ابن حزم أن اللغة واحدة لوحدة الخلق، فليست هناك ألفاظا خاصة بالجمهور أو العامة، وأخرى خاصة بالفلاسفة أو أهل الصناعة، لأن اللغة التي يفكر بها الجميع واحدة.

ج- يؤكد ابن حزم الالتصاق والالتحام الشديد بين اللفظ ومدلوله، كلما وجد نفسه في مواجهة من يحاول الفصل بينهما، قال رحمه الله تعالى: " إن لكل مسمى من عرض أو جسم اسما يختص به، يبين مما سواه من الأشياء ليقع بها التفاهم، وليعلم السامع المخاطب به مراد المتكلم المخاطب له، لو لم يكن ذلك لما كان تفاهم أبدا، وليظل خطاب الله تعالى لنا، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ، لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ﴾ (إبراهيم: 4) ولو لم يكن لكل معنى اسم منفرد به لما صح البيان أبدا لأن تخليط المعاني هو الإشكال نفسه" (1).

د- ينبغي أن تكون هذه اللغة واضحة، إذ أنها تعد من أهم وسائل المعرفة لتداولها بين الناس، ومن هنا اعتبرت اللغة من أهم ألوان النشاط الإنساني في المجتمع، أضف إلى هذا أن هذه اللغة فيما يرى ابن حزم هي المحك الأول للحق والباطل، ومن هنا كان تشدده في رفض أي تأويل أو تخريج للنصوص، أو إحالة لها عن معناها إلى معنى آخر، إذ المراد باللغة هو الإفهام والتوضيح لا الإشكال والتعمية.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن اللغة الأساس ليست لغة العرب على الإطلاق، ابتداء من الجاهلية ومرورا بالإسلام، بل هي لغة القرآن أو اللغة التي نزل بها الشرع، لأن الإسلام حسب وجهة نظر ابن حزم لا ينسخ الشرائع السابقة عليه فقط، بل وأيضا معاييرها وقواعدها ومفاهيمها والزمان الحقيقي لا يبدأ إلا معه، وكذلك لغة العرب إنما خلقت خلقا جديدا مع القرآن، إذ لا يجوز الحكم عليه بما قبله أو بعده. (2)

(1) - المصدر السابق ج 3 ص 3.

(2) - سالم يفوت، ابن حزم والفكر الفلسفي بالمغرب والأندلس، ص 120. قال ابن حزم رحمه الله تعالى: " ولا يجوز أن يفسر كلام الله تعالى إلا بكلامه أو بكلام رسوله صلى الله عليه وسلم أو بلغة العرب التي أخبر الله تعالى أنه أنزل بها القرآن. " المحلى، دط، بيروت: دار الفكر، دت، ج 8 ص 288.

إن ما يميز المنهج الظاهري عن غيره من المذاهب الفقهية والأصولية، يكمن أساسا في طريقة فهمه للخطاب، ولقد عرض ابن حزم في كتابه الإحكام قصة تهكمية، تطرح مشكلة الفهم في المنظور الظاهري والمنظور القياسي.

يسرد ابن حزم القصة على لسان خصومه، على النحو التالي: " واحتج بعضهم فقال لمن سلف من أصحابنا: فقهمكم في اتباع الظاهر يشبه فعل الغلام الذي قال لسيده: هات الطست والإبريق، فأتاه بهما؟ ولا ماء في الإبريق، فقال له: وأين الماء؟ فقال له: لم تأمرني بماء، إنما أمرتني بطست وإبريق فهاهما، وأنا لا أفعل إلا ما أمرتني"⁽¹⁾. في مقابل هذا السرد التمثيلي، يعيد ابن حزم نفس القصة بطريقة مضادة وتهكمية، ليعبر عن رؤيته النقدية لقوانين إنتاج المعنى عند القياسيين: " فيقال لهم، بل فقهمكم أنتم يشبه بفعل المذكور على الحقيقة، إذ قال له سيده: إذا أمرتك بأمر فافعله وما يشبهه، فعلمه سيده القياس حقا على وجهه، وحفظ الغلام ذلك وقبله قبولا حسنا، فوجد سيده حرارة، فقال: سق إلى الطبيب فيني أجد التياثا، فلم ينشب أن أتاه بعض إخوانه فزعا، فقال له يا فلان من مات؟ فقال: ما مات لي أحد، فقال له: فإن الغاسل والمغتسل والنعش وحفار القبور عند الباب: فدعا غلامه، فقال له: ما هذا الذي بالباب؟ فقال ألم تأمرني، إذا أمرتني بأمر أن أفعله وما يشبهه؟ فإنك أمرتني بسوق الطبيب لالتياثك، وليس يشبه العلة وإحضار الطبيب إلا الموت، والموت يوجب حضور الغاسل والنعش، والحفار لحفر القبور فأحضرت كل ذلك، وفعلت ما أمرتني وما يشبه"⁽²⁾.

يعبر الغلامان في القصتين عن الصورة القدحية المتبادلة بين أصحاب الممارسة القياسية، وأصحاب الممارسة الظاهرية، فكل منها يتصور الآخر في صورة هذين الغلامين الساذجين، وبقدر ما في الصورتين من دلالات تبخيسية وانتقاصية، فيهما تعبير أيضا عن حيوية الاجتهادات الأصولية في تشييد منظومات التفسير.

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 7 ص 187.

(2)- المصدر نفسه، ج 7 ص 187.

كما تبرز هذه القصة من وجهة نظر القياسيين، مشكلة الفهم عند الظاهرية، وهذا المفهوم بحسب هذه القصة يشير إلى أن الظاهرية:

- لا تفهم من النصوص غير المعاني المباشرة المتبادرة.
 - لا تُعمل العقل في اكتشاف المعاني غير المباشرة التي يشير إليها النص.
 - الظاهرية تمثل لما تنص عليه اللغة بحروفها وكلماتها فقط، ولا تتجاوزه لما يمكن أن يفهم من دلالة السياق.
 - لا تضع في اعتبارها إشكالات اللغة والتباساتها في الدلالة على المعاني البعيدة أو الخفية، مما يعني أنها لا تفهم من اللغة إلا الوجه البين والواضح الجلي.
 - لا تفتح النص على الممكن والمحتمل، بل تغلقه على المعنى الواحد المتبادر والمباشر⁽¹⁾.
- هذا ما اتضح لأهل القياس من مفهوم الظاهر عند الظاهرية.

2- مدلول الظاهر عند ابن حزم:

أما تعريف الظاهر في الاصطلاح عند ابن حزم، فلا نجد له أثراً فيما وصل إلينا من مؤلفاته غير قوله في تعريف النص: "هو اللفظ الوارد في القرآن أو السنة المستدل به على حكم الأشياء وهو الظاهر نفسه"⁽²⁾، ولعل مرد ذلك إلى ما يلي:

أ- إن ابن حزم كتب مؤلفاته الأصولية والفقهية لتطبيق الظاهرية لا لشرحها، فجنده في كتابه الأحكام قد عقد فصلاً خاصاً عن "حمل الأوامر والأخبار على ظواهرها."⁽³⁾، اكتفى فيه بالتدليل ونقض أدلة المخالف دون أن يتطرق لمعنى الظاهر بجنده وشرطه، فالظاهر أصبح من

(1) - علي أحمد الدريوي، طوق الخطاب دراسة في ظاهرية ابن حزم، ص 131.

(2) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 42.

(3) - أبو عبد الرحمن بن عقيل الظاهري، تحرير بعض المسائل على مذهب الأصحاب، دط، الرياض: دار العلوم، دت، ص 15. وأيضا عبد الحليم عويس، المذهب الظاهري نشأته. ومناهجه الأصولية وأشهر رجاله، دط، قسنطينة: مطبعة البعث، ص 3.

الأمر الواضحة التي لا تحتاج إلى بيان، فلم يبق إلا الجدل في أخذه أو رده.

ب- أو أنه تناول الظاهر بالشرح في كتبه المفقودة التي لم تصل إلينا، غير أن هذا الاحتمال ضعيف، وذلك لأن ابن حزم من عادته إذا تناول مسألة ما الإحالة إلى مباحث سابقة.⁽¹⁾ ولمحاولة بيان مفهوم الظاهر عند ابن حزم، تعتمد هذه الدراسة على المنهج الداخلي في تحليل أقوال ابن حزم، وذلك بالرجوع إلى نصوصه نفسها، ومحاولة فهمها بإحالة بعضها على بعض في سياقها المعرفي الذي جاءت فيه.

- قال ابن حزم: " ولا يحل لأحد أن يحيل آية عن ظاهرها، ولا خبرا عن ظاهره، لأن الله تعالى يقول: ﴿يَلْسَانَ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾ (الشعراء: 195)، وقال تعالى لقوم: ﴿يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَّوَاضِعِهِ﴾ (المائدة: 13) ومن أحال نصا عن ظاهره في اللغة بغير برهان من آخر أو إجماع، فقد ادعى أن النص لا بيان فيه، وقد حرف كلام الله تعالى ووحيه إلى نبيه ﷺ عن واضعه... فالواجب أن لا يحال نص عن ظاهره إلا بنص آخر صحيح مخبر أنه على غير ظاهره، أو بإجماع أو ضرورة مانعة من حمل ذلك على ظاهره." ⁽²⁾

- عرف العموم بقوله: " حمل اللفظ على كل ما اقتضاه في اللغة، وكل عموم ظاهر وليس كل ظاهر عموما " ⁽³⁾.

كما نبهه-رحمه الله تعالى- قد عقد الباب الثاني عشر من كتابه الإحكام في أصول الأحكام (في الأوامر والنواهي الواردة في القرآن وكلام النبي ﷺ، والأخذ بظاهرها وحملها على الوجوب والفور، وبطلان قول من صرف شيئا من ذلك إلى التأويل، أو التراخي أو الندب أو الوقف بلا

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 39.

(2) - ابن حزم، النبذ في أصول الفقه الظاهري، تعليق محمد زاهد بن الحسن الكوثري، ط 1، مصر: المكتبة الأزهرية للتراث، دت، ص 42.

(3) - ابن حزم الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 42.

برهان ولا دليل⁽¹⁾.

فالظاهر عند ابن حزم يمثل الحقيقة الشرعية التي أرادها المولى عز وجل من المكلفين، فالإلزامية الأوامر، والفورية في التنفيذ، وعموم الخطاب كلها ظاهر عند ابن حزم. ولا تنتقل الإلزامية إلى الندب، والفورية إلى التراخي، والعموم إلى التخصيص، إلا بمناقل شرعية (النص، الإجماع وضرورة العقل) لتبقى في دائرة الحقيقة التي أرادها الشارع.

فالظاهر هو كل ما دلَّ عليه اللفظ، وكل ما تصوره العقل، وكان ظهوره دالا بذاته⁽²⁾.

2-1- أقسام الظاهر عند ابن حزم:

ينقسم الظاهر عند ابن حزم إلى قسمين:⁽³⁾

2-1-1 القسم الأول: الظاهر اللفظي

هو دلالة اللفظ في لغة الشرع، فإن لم يوجد للشرع اصطلاح، فالظاهر هو المجاز الغالب في الاستعمال، فإن لم يوجد مجاز غالب في الاستعمال، فالظاهر هو دلالة اللفظ الوضعية " الحقيقة اللغوية " ولا يحمل على المجاز غير الغالب الاستعمال إلا بدليل.

والظاهر اللفظي ينقسم عند ابن حزم إلى قسمين:

أ- دلالة لفظية بالنص على المسمى:

- سواء بالنص على المسمى بأحد أسمائه، كالنص على الأصناف الربوية الستة بأسمائها.

- أو بالنص على المسمى بأحد صفاته، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ﴾

(البقرة: 194)، فهذا نص على المقصود من ضرب أو قتل أو نهب بصفته وهي الاعتداء.

⁽¹⁾ - المصدر السابق، ج 3 ص 2 وما بعدها.

⁽²⁾ - أبو عبد الرحمن بن عقيل الظاهري، تحرير بعض المسائل على مذهب الأصحاب، ص 20

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص 16 وما بعدها.

ب- دلالة لفظية بالنص على المعنى دون الاسم أو الصفة:

كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ (النساء: 11). فنص لفظا على أن الأم وارث، وأن الأب وارث ولا وارث غيرهما. ونص لفظا على أن للأم الثلث، فكان المعنى الضروري أن للأب الثلثين لأن الباقي بالضرورة ثلثان، والأب لم ينص له على شيء، ونص على أنه وارث، فالمعنى أن له ما بقي، لأن ما بقي من الإرث لمن يبقى من الورثة.

2-1-2 القسم الثاني: الظاهر العقلي

هو كل ما جاز للعقل تصوره من دلالة المسألة، وكل ما لا يتصور العقل غيره كقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ﴾ (آل عمران: 173)، فصح بضرورة العقل أن المراد بذلك بعض الناس، فالعقل يوجب أن الناس كلهم لم يحشروا في صعيد واحد ليخبروا هؤلاء بما أخبروهم به، ومثل قوله تعالى أيضا: ﴿كُونُوا حِجَارَةً أَوْ حَدِيدًا﴾ (الإسراء 50)، علمنا بضرورة العقل أنه أمر تعجيز، لأنه لا يقدر أحد أن يصير حجارة أو حديدا، ولو كان أمر تكوين، لكانوا كذلك، فلما وجدهم العقل لم يكونوا حجارة ولا حديدا علم أنه تعجيز⁽¹⁾.

ويقوم تصور ابن حزم في فهم الخطاب على ركيزتين أساسيتين:

1. إن الخطاب لا يفهم منه إلا ما قضى لفظه فقط.

2. إن القضية لا تعطيك أكثر من نفسها

فالخطاب شأنه شأن القضية المنطقية، لا يعطيك أكثر مما فيه وما عداه موقوف على دليله. فالقضية تقتضي ما تنطوي عليه حدودها، أي لا يمكن فهم القضية من دون فهم حدود موضوعها ومحمولها، وهذا الفهم مسألة بيانية منطقية، بمعنى أن القضية لا يمكن أن تفهم إلا في سياق صياغتها اللغوية، كما أن الخطاب لا يمكن أن يفهم إلا في سياق صياغته المنطقية⁽²⁾.

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 137.

(2) - على أحمد الديري، طوق الخطاب دراسة في ظاهرية ابن حزم، ص 132.

ثالثاً: قاعدة الاجتهاد ونفي التقليد.

يعتبر ابن حزم التقليد آفة المعرفة الإنسانية لتعطيله فاعلية العقل، بما يمتلكه من قدرات الفهم والتمييز بين الأشياء المبنية على مدركات الحواس الخمس، وموجبات البديهيات العقلية. ولذلك خصص. الباب الثالث من كتابه الإحكام في أصول الأحكام (لإثبات حجج العقل، وبيان ما يدركه العقل على الحقيقة، وبيان غلط من ظن في العقل ليس ما فيه). ليعلن فيه موقفه من مصادر المعرفة المناوئة للعقل في ضوء فهمه لوظيفة العقل (الفهم والتمييز)، وتمثل هذه المصادر فيما نقله من أقوال عن أهل المذهب: "قال قوم: لا يعلم شيء إلاّ بالإلهام، وقال آخرون لا يعلم شيء إلا بقول الإمام... وقال آخرون لا يعلم شيء إلاّ بالخبر، وقال آخرون لا يعلم شيء إلاّ بالتقليد." (1) فالعلم يعني المعرفة، واعتبار مصادره (الإلهام، وقول الإمام، والخبر والتقليد) فيه هدم وتعطيل لوظائف العقل: إذ " لا طريق إلى العلم أصلاً إلاّ من وجهين: أحدهما؛ ما أوجبه بديهية العقل وأوائل الحس، والثاني مقدمات راجعة إلى بديهية العقل وأوائل الحس." (2)

لذلك يقف ابن حزم من التقليد موقفاً معرفياً صارماً، يرفضه رفضاً قاطعاً على كل المستويات العلمية والمعرفية. ويعتبر رفضه له رفضاً معرفياً، قبل أن يكون رفضاً شرعياً.

ومناداة ابن حزم بنفي التقليد كمسلك من مسالك تلقي أحكام الشريعة، وإلزام العامي بالاجتهاد له حيثياته الشرعية والواقعية. قال رحمه الله تعالى: " والتقليد حرام، ولا يحل لأحد أن يأخذ بقول أحد بلا برهان. برهان ذلك، قول تعالى: ﴿ أَتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِن دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴾ (٣) الأعراف: 3). وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ ءَابَاءَنَا ﴾ (البقرة: 170) والعامي والعالم في ذلك سواء، وعلى كل

(1) _ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 13.

(2) _ المصدر نفسه، ج 1 ص 65، ابن حزم، ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل، ت: سعيد الأفغاني، ط 1، بيروت: دار المقتبس، ص 77 وما بعدها .

أحد حظه الذي يقدر عليه من الاجتهاد.⁽¹⁾

ولقد علق محمد زاهد الكوثري على مذهب ابن حزم في التقليد بقوله: " رأي الظاهرية في التقليد قلة تبصر في عواقب ما يرون، وفيه تعطيل المصالح الدنيوية كلها بحمل الأمة على ما لا قبل لعامتهم، بل المنصوص المتوارث أن يجرى العالم على ما يعلم، وأن يسأل غير العالم العالم: ﴿ وَمَا فَسَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (الأنبياء: 7)»⁽²⁾.

إنّ مناداة ابن حزم باجتهاد العوام، هو اجتهاد في تلقي أحكام الشريعة لا في استنباطها، فيلزم العامي الاجتهاد بمعناه اللغوي لا الاصطلاحي، وهو ما أشار إليه بقوله: " فالناس في ذلك على مراتب، فمن ارتفع فهمه عن فهم أغتام المجلوبين من بلاد العجم منذ قريب، وعن فهم أغتام العامة. فإنه لا يجزيه في ذلك ما يجزي من ذكرنا، لكن يجتهد هذا على حسب ما يطبق في البحث عما نابه من نص الكتاب والسنة ودلالاتهما، ومن الإجماع ودلائله، ويلزم هذا إذا سأل الفقيه فأفتاه أن يقول له من أين قلت هذا، فيتعلم عن ذلك مقدار ما انتهت إليه طاقته وبلغ فهمه.⁽³⁾

فالعامي عند ابن حزم مراتب، أدناها أن يكتفي بأن يصرح مفتيه بأن ذلك حكم الله تعالى، ثم إذا علا في تفكيره، كما هو الشأن في وقتنا بانتشار العلم والمعارف وتطور وسائل التلقي، فيإمكانه التقصي عن أمور دينه ومعرفة الدليل بحسب قدرته على الفهم.

وعلى ذلك لا يكون الفرق كبيرا بين ابن حزم وبين العلماء الذين أجازوا التقليد بل أوجبوه على العامة، ولا يكون الفرق جوهريا، فقد اتفق ابن حزم مع غيره على أن العامي لا يكلف تعرف الحكم من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ بل يخاطب بأحكام الشريعة بحسب مقدرته المعرفية، ولو كلف كل مسلم ذلك التكليف لتعطلت مصالح الناس، ولخرب العمران، بل أن التوزيع الكفائي بين الناس يوجب أن يتخصص لكل عمل لازم طائفة من الناس، ولقد اتفق ابن

⁽¹⁾ - ابن حزم، النبذ في أصول الفقه الظاهري، ص 55 - 56

⁽²⁾ - المصدر نفسه، هامش ص 55 .

⁽³⁾ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 5 ص 123 - 124 . والدرة فيما يجب اعتقاده، ص 427.

حزم مع غيره على ذلك، ولكن الأئمة قالوا: إن مذهب العامي هو مذهب مفتيه، والمفتي أن يقول له: هذا مذهب فلان فخذ به، أما ابن حزم فيقول: لا، بل الواجب أن يقول هذا حكم الله فخذ به، فيشترط أن يكون المفتي مجتهداً، والمستفتي لا يطلب الحكم في مذهب، إنما يطلب حكم الله تعالى.

وهدف ابن حزم من توسيع دائرة أكبر عدد من المجتهدين في تلقي أحكام الشريعة، هو ما يلي:

أ- توثيق العلاقة بين المخاطب بالتكليف وشريعته، وهو المستفاد من قوله: "ففرض على كل أحد طلب ما يلزمه، على حسب ما يقدر عليه من الاجتهاد لنفسه في تعريف ما ألزمه الله تعالى إياه." (1)

ب- إلزامية تعليم المكلفين أمور دينهم وفي ذلك يقول ابن حزم: "ويجبر الإمام أزواج النساء وسادات الأرقاء على تعليمهم... إما بأنفسهم، وإما بالإباحة لهم لقاء من يعلمهم، وفرض على الإمام أن يأخذ الناس بذلك، وأن يرتب أقواماً لتعليم الجهال." (2)

ج- تحرير العقل من التبعية، قال ابن حزم في وصف المقلدين من أهل الأندلس: "وأما أهل بلادنا، فليسوا ممن يعتني بطلب الدليل على مسائلهم، وطالبه منهم في الندرة...، فيعرضون كلام الله تعالى وكلام الرسول-عليه الصلاة والسلام- على قول صاحبهم، وهو مخلوق مذنب يخطئ ويصيب، فإن وافق قول الله وقول رسوله ﷺ قول صاحبهم أخذوا به، وإن خالفوه تركوا قول الله جانباً، وقوله عليه السلام ظهرياً، وثبتوا على قول صاحبهم." (3)

د- استرجاع نشاط العقل مما أصابه من الخمول، وقد رد ابن حزم على من قال لو كلفنا

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 5 ص 121. و خالد الروسي الحسني، الاختلافات الأصولية بين المدرسة المالكية والمدرسة الظاهرية بالأندلس، تحت إشراف: محمد الحبيب التحكاني، الرباط: مؤسسة دار الحديث الحسنية، 2007م، ج 2 ص 441.

(2) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 5 ص 122

(3) - المصدر نفسه، ج 6 ص 117 - 118.

النظر لضاعت أمورنا، وأنه لم نرزق من العقل والفهم ما يمكننا من أخذ الفقه من النص، بقوله " إن النظر به صلاح الأمور لا ضياعها، وأيضا فإن كل امرئ منا مكلف أن يعرف ما يخصه من أمور دينه، وهذا هو النظر نفسه، ليس النظر شيئا غير تعرف ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ في هذه اللوازم لنا " (1).

وبعد التعريف بابين حزم وبمنهجه، نسير إلى التعريف بالمذهب المالكي وبمنهجه الاجتهادي.

المطلب الثاني: التعريف بالمذهب المالكي وبمنهجه

الفرع الأول: التعريف بالمذهب المالكي.

المقصود بالمذهب المالكي هو مجموع الآراء الاجتهادية للإمام مالك، وما تلاه من اجتهادات أصحابه في مختلف طبقاتهم، وفق قواعده وأصوله تخريجا وترجيحا. ومن دلائل كون المذهب شاملا لآراء غير الإمام، أن المالكية في بعض الفروع يعتمدون قول ابن القاسم ويتركون قول الإمام مالك نفسه، ثم إنهم يعدون ما اعتمدوه من مذهبهم المالكي، كما حفظ عن ابن القاسم في مسائل أخذ فيها بالقول المرجوع عنه من مالك، مع روايته ذلك كله عنه، ثم نجد المالكية ينقلون ذلك في كتبهم وربما عولوا على بعضها. ومن شرط ما يعزى للمذهب أن يكون من قبيل الأحكام الاجتهادية، أما الأحكام القطعية التي لا محل للنظر فيها فلا اختصاص لمذهب بها دون مذهب (2).

الفرع الثاني: خصائص أصول المذهب المالكي

تميزت أصول المذهب المالكي بمجموعة من الخصائص والمميزات جعلت منه مذهبا واسع الدليل، ليستوعب قضايا المجتمع المتغيرة زمانا ومكانا، مراعيًا في ذلك مقاصد الشارع من وضع

(1)-المصدر السابق، ج6 ص98-99 و131-132 .

(2)-حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي بين عليها المذهب المالكي، ط1، الكويت، : وزارة الأوقاف، 2011م، ص

الشريعة ابتداء من جهة، ومقاصد المكلف من جهة ثانية، ومن أهم الخصائص التي ميزت أصول المذهب المالكي عن غيره من المذاهب المعتمدة، ما يلي:

أولاً: كثرة أصول المالكية

وفرة مصادره وكثرة أصوله متمثلة في أدلة نقلية وأدلة اجتهادية، وتتفرع الأدلة النقلية إلى قسمين: موحى بها وهي الكتاب والسنة وشرع من قبلنا، وأدلة نقلية غير موحى بها وهي الاجماع (عمل أهل المدينة)، وقول الصحابي، والعرف. وأما الأدلة الاجتهادية فتتمثل في القياس والاستحسان والمصالح المرسله، وسد الذرائع والأخذ بالأحوط والاستقراء، والاستصحاب ومراعاة الخلاف.

وهذه الكثرة في أصول الأدلة كان لها الأثر البالغ في التفريع الفقهي والتخريج المذهبي، مما يمنح المجتهد ضبط استنباط وتزليل الأحكام، فتكون أقرب إلى الصواب. وإن كانت بعض المذاهب شاركت المذهب المالكي في بعض هذه الأصول، فإن مساحة تفعيل القواعد الأصولية تضيق وتتسع، وليست على إطلاقها⁽¹⁾.

ثانياً: توسعه في استثمار الأصول

توسع المالكية في استثمار الأصول المتفق عليها توسعا كبيرا، مما يمد المجتهد بأدوات ووسائل تمكنه من الاجتهاد والاستنباط، من ذلك عدم اكتفاء الإمام مالك بالظاهر والنص، في تعامله مع نصوص الوحي، بل يقبل مفاهيم المخالفة كلها، ومفاهيم الموافقة وتنبية الخطاب، كما يقبل دلالة السياق ودلالة الاقتران ودلالة التبعية⁽²⁾.

(1) -راجع في ذلك: محمد المختار الشنقيطي، درر الأصول في أصول فقه المالكية، ط1، بيروت: دار ابن حزم، الجزائر: دار تراث ناشرون، 2004م. محمد يحيى بن عمر المختار الشنقيطي، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، تونس: المطبعة التونسية، 1928م.

(2) -محمد التاويل، خصائص المذهب المالكي، الدروس الحسنية، 7 رمضان 1425هـ، ص 5.

ثالثاً: مركزية التعليل المصلحي في الأصول الاجتهادية للمالكية

يظهر التعليل المصلحي وفق كليات الشريعة بارزا في اجتهادات المالكية، وقد منحوا بذلك لفقهم مرونة خاصة تساهل تطور المجتمع، من ذلك ما عبر عنه ابن رشد بقوله: " وأما مالك فشبه النوع هاهنا بالعين لثلا تسقط الزكاة رأسا عن المدير. وهذا هو أن يكون شرعا زائدا أشبه منه بأن يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت، ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل، وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه، ومالك - رحمه الله - يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول ابن العربي: " وأما المقاصد والمصالح فهي أيضا مما انفرد بها مالك دون سائر العلماء، ولا بد منها لما يعود من الضرر في مخالفتها ويدخل من الجهالة في العدول عنها"⁽²⁾.

هذه هي أهم خصائص الأصول الاجتهادية للمذهب المالكي، ومنها نسير إلى ترجمة القانون الجزائري وبيان مصادره.

المطلب الثالث: التعريف بالقانون الجزائري وبمصادره

الفرع الأول: التعريف بالقانون الجزائري

استعملت كلمة قانون Droit للتعبير بصورة عامة عن مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم. ويقصد بإضافة صفة "الوضعي" إلى القانون للتعبير عن القانون السائد أي المعمول به فعلا في بلد ما وفي وقت معين، فنقول مثلا القانون الوضعي الجزائري الحالي تعبيرا عن القانون السائد في الجزائر في الوقت الحاضر، أي القانون الذي له صفة الإيجابية أو الفعالية في حكم المجتمع الجزائري⁽³⁾.

(1) - ابن رشد، بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، دط، القاهرة: دار الحديث، 2004م، ج2 ص 31.

(2) - ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1992م، ج1 ص 786.

³ حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م، ص 11-12.

الفرع الثاني: مصادر القانون الجزائري

نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، على ما يلي: " يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها بنصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. " ويستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري حصر المصادر الرسمية للقانون في قسمين:

أ- مصدر رسمي أصلي ويتمثل في التشريع .

ب- ومصادر رسمية احتياطية تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، بحسب الترتيب الوارد ذكره في المادة السابقة .

ووفق هذه المادة يجب على القاضي أولاً؛ الرجوع إلى التشريع، باعتباره المصدر الأصلي للقانون للفصل فيما يعرض عليه من قضايا، وعدم العدول عنه إلى غيره من المصادر، إلا في حالتين وهما:

أ- حالة سكوت التشريع عن معالجة موضوع معين، ويتحقق ذلك عند انعدام قاعدة تشريعية يطبقها القاضي على النزاع المطروح عليه .

ب- حالة وجود نص تشريعي يحيل القاضي إلى مصدر آخر من مصادر القانون.

وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: المصدر الرسمي الأصلي

يعد التشريع وفقاً لنص المادة الأولى المذكورة المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، ويقصد به كافة التشريعات بصورها المختلفة، وعلى رأسها التشريع الأساسي أو الأعلى في الدولة، ونعني به الدستور الجزائري الصادر في 22 نوفمبر 1976م، ويلى الدستور التشريع العادي، وفي مقدمة التشريعات العادية التقنينات الجزائرية التي صدرت في فروع القانون

المختلفة، ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح، التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تخولها حق إصدارها⁽¹⁾. غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطا بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع من روابط وعلاقات، ذلك أن أحكام التشريع يشوبها النقص حتما باعتبارها اجتهادا بشريا، ورغبة في سد هذا النقص؛ تحرص القوانين الوضعية على إقامة مصادر رسمية أخرى يتعين اللجوء إليها تسمى المصادر الاحتياطية.

ثانيا: المصادر الرسمية الاحتياطية.

1- مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول؛ حسب ما جاء في ترتيب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، فهي تعتبر مصدرا ماديا ورسميا في نفس الوقت. ويقصد بها الكليات العامة التي تنفرع عنها الأحكام التفصيلية، ولا تختلف في جوهرها من مذهب لآخر.

و من ضمن المبادئ الأساسية المعمول بها في قسم الحقوق الخاصة:

- كلّ فعل ضارّ بالغير موجبا مسؤولية الفاعل أو المتسبب، وإلزامه بالتعويض عن الضرر، وهذا المبدأ تضمنه قوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾.

- مبدأ حسن النية في المعاملات، تضمنه قوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات"⁽³⁾ وكذلك

مبدأ أن العقد ملزم لعاقديه، فقد تضمنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: 1).

(1) -راجع: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط20، الجزائر: دار هوم، 2014م، ج1 ص127 وما

بعدها.

(2) - الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م، ج2 ص66.

(3) - صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب كيف كان بدء الوحي، ج1 ص6.

كما تعدّ الشريعة الإسلامية مصدرا مادّيًا للقانون الجزائري، فقانون الأسرة مثلا مستمد من الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالزّواج، والطلاق، والولاية، والميراث، والوصيّة، والوقف، كما تعدّ أيضا مصدرا مادّيًا لبعض نصوص القانون المدني منها حوالة الدين، وأيضًا تصرفات المريض مرض الموت، كما تعدّ أحكام خيار الرؤية المعروفة في الشريعة الإسلاميّة مصدرا مادّيًا للمادّة 352 مدني⁽¹⁾. وكذلك نظرية الظروف الطّارئة التي نصّ عليها القانون الوضعي مأخوذة من نظرية العذر في الشريعة الإسلامية، وإن كان يترتب عليها فسخ العقد بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلاميّة، بينما يترتب عليها تعديل الالتزامات مع بقاء العقد قائما بالنسبة للقانون الوضعي.

والجدير بالذكر أنه على الرغم من كون الشريعة الإسلامية مصدرا مادّيًا لبعض النصوص التشريعية، إلا أنّ القاضي ملزم بالنص التشريعي، ولا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا لمساعدته على تفسير النصوص المستمدة منها⁽²⁾.

2- العرف كمصدر رسمي احتياطي ثان

اعتبرت المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، العرف مصدرا احتياطيا رسميا ثان بعد مبادئ الشريعة الإسلامية. فكثيرا ما يحيل المشرع على العرف، كما هو الشأن في القواعد المكملّة التي غالبا ما تنتهي بالعبارة التالية (ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك) كما

⁽¹⁾ - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005م، المعدل والمتمم لأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المادة 352: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".

⁽²⁾ - علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، نوفمبر 1984م، ص 121.

جاء مثلا في المادتين 387⁽¹⁾، و388⁽²⁾ من القانون المدني، وقد يلعب العرف دورا في تحديد مضمون النصّ التشريعي، ومن أمثلة ذلك القاعدة التي تقرّر أنّ العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (م 107 من القانون المدني). ويمكن الاستعانة هنا بالعرف لتحديد المقصود بعبارة " مستلزمات العقد "، ونفس الأمر بالنسبة للعيوب التي يتضمنها المؤجر، ومسؤولية البائع عن التقص في مقدار المبيع التي تحدّد بحسب ما يقضي به العرف، وهو ما نصت عليه المادة 365 فقرة 1 من القانون المدني: " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه، بحسب ما يقضي به العرف. " كما يكون له أيضا دور في الكشف على القصد عند المتعاقدين⁽³⁾، من ذلك المادة 111 ف2 من القانون المدني التي تنص على أنّه: " إذا كان هناك محلّ لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة، وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات. "

3- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي أخير

تأتي هذه المبادئ في المرتبة التالية للعرف، فهي تعد المصدر الرسمي الاحتياطي الأخير بعد استنفاد القاضي لكل الوسائل من نصوص قانونية ومبادئ شرعية، كما لا توجد قاعدة عرفية مستقرة بشأنها.

وإحالة التقنين المدني الجزائري إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لتمكين القاضي من الفصل في النزاع عن طريق الاجتهاد برأيه على ضوء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

⁽¹⁾-تنص المادة 387 من القانون المدني على مايلي: "يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. " :

⁽²⁾- تنص المادة 388 من القانون المدني على ما يلي: " يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. "

⁽³⁾-حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ط5، مصر: منشأة المعارف، 1974م، ص 284-285.

ويقصد بها: مجموعة المبادئ التي يكشف العقل الانساني عنها ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه بأمثاله في أي مجتمع بشري، أو هو مجموعة القواعد الثابتة الكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع .

ومن أمثلة الحلول العادلة التي قد يستوحىها كل من القاضي والمشرع من مبادئ القانون الطبيعي ما يلي:

- المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية وعلى العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد، كلما كانت ظروفهم واحدة، والاختلاف في الحكم على الوقائع والعلاقات غير المتماثلة .

- عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة، يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية .

- عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة⁽¹⁾.

(1) - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1 ص 204.

المبحث الثاني: تحديد المفاهيم والمصطلحات

نبه ابن حزم في كتابه الإحكام في أصول الأحكام -باب الألفاظ الدائرة بين أهل النظر- على أهمية بيان المصطلح، لرفع الإشكال والالتباس الواقع بين أهل العلم، وهو المنصوص عليه في قوله: " هذا باب خلط فيه كثير ممن تكلم في معانيه، وشبك بين المعاني وأوقع الأسماء على غير مسمياتها، ومزج بين الحق والباطل فكثر لذلك الشغب والالتباس وعظمت المضرة وخفيت الحقائق"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الشاطبي: "من أنفع طرق العلم الموصلة إلى غاية التحقق به... معرفة اصطلاحات أهله"⁽²⁾. أما المشرع الجزائري فلا نجد في منظومته القانونية بيان أهمية المصطلح، سواء بالإفصاح أو بالإيجاء، ذلك أن مهمته التشريع لا التنظير. ومنه نسير إلى بيان مصطلحات البحث، وهي الإلزام والتصرفات المالية.

المطلب الأول: التأصيل العام لمفهوم الإلزام (التعريف والتوصيف والتوظيف)

للقوف على معنى الإلزام، لا بد من بيان معناه اللغوي، ثم الاصطلاحي عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري، وتوضيح ما بينهم من اتفاق أو اختلاف.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للإلزام:

الإلزام مصدر الفعل ألزم المتعدي بالهمزة، وأصله لزم الشيء يلزم لزوما ولزاما، أي ثبت ودام⁽³⁾، قال ابن فارس: " اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما، يقال لزمه الشيء يلزمه"⁽⁴⁾، يقال لزم بيته أي لم يفارقه، ولزمه المال وجب عليه،

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 35.

(2) - الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 1 ص 139-147.

(3) - الفراهيدي، كتاب العين، ت: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دط، دار ومكتبة الهلال، دت، ج 7 ص 372.

(4) - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دط، دار الفكر، 1979م، ج 5 ص 245.

ولزمه الطلاق وجب عليه حكم قطع الزوجية. فمادة لزم تدل على الثبات والدوام، وكل ما تصرف منها يحمل على هذا المعنى، ومن ذلك الفعل (ألزم) المتعدي بالهزمة، فهو يدل على إيجاب أمر على الغير وإثباته عليه، وتعديه الثبات والدوام ليلزم غير الملزم ليكون واجبا عليه ثابتا في حقه.

فالإلزام في اللغة؛ يدل على الثبات والدوام، والإيجاب على الغير، كما تدل عليه مادته اللغوية⁽¹⁾.

والفرق بين اللزوم والإلزام، أن اللزوم لا يكون إلا في الحق، يقال لزم الحق، ولا يقال لزم الباطل، والإلزام لا يكون إلا في الحق والباطل، يقال ألزمه الحق وألزمه الباطل⁽²⁾.

فإذا تبين المعنى اللغوي للإلزام، نسير إلى بيان معناه الاصطلاحي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإلزام

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على مشروعية قاعدة "الأصل براءة الذمة" في كليتها. فالبراءة: "هي التباعد بين الشيء ومزاييلته... ومن ذلك البراءة من العيب والمكروه"⁽³⁾. أما الذمة: "فتعني العهد والأمان، لأن في نقض ذلك وتضييعه مذمة"⁽⁴⁾ أما في

(1) - الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، دط، دار الهداية، دت، ج 33 ص 418. والفيروزآبادي، القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث بإشراف محمد نعيم العرقوسي، ط8، بيروت: مؤسسة الرسالة 2005م، ص 1158. وابن منظور، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، 1414هـ، دت، ج 12 ص 542. والأزهري، تهذيب اللغة، ت: محمد عوض مرعب، ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2001 م، ج 13 ص 151.

(2) - أبو هلال العسكري، معجم الفروق اللغوية، ت: بيت الله بيئات، ط1، مؤسسة النشر الإسلامية، 1412هـ، ص 464.

(3) - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 1 ص 236.

(4) - راجع الفراهيدي، العين، ج8 ص179. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2 ص 346. الزبيدي، تاج العروس، ج32 ص 206. ابن منظور، لسان العرب، ج 12 ص 221.

الاصطلاح: "فهو وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه"⁽¹⁾، ومعنى هذه القاعدة، أن الانسان قد خلق وذمته فارغة وخالية، والتحمل والإلزام صفة طارئة، فلا تشغل ذمته بأي حق أو إلزام أو مسؤولية أو تكليف إلا بيقين، فلا يلزمه أي حكم حتى يكلفه الشرع به، إذ لا مسؤولية ولا محاسبة بغير تكليف شرعي"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه ابن حزم بقوله: "وأصل الناس كلهم على البراءة من وجوب الأحكام عليهم، حتى يلزمهم الحكم نص أو إجماع، وإلا فلا يلزم أحداً حكم إلا أن يلزمه إياه نص أو إجماع"⁽³⁾. وفي ذات السياق يقول القرافي: " العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم، وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها: البلوغ، ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومنها ترك الحجر. فمن اجتمعت له هذه الشروط، رتب الشرع عليه تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنايات، وأجر الإجازات، وائتمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه إذا التزم أشياء اختياراً، من قبيل نفسه لزمه، وإذا فقد شرط من هذه الشروط، لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام"⁽⁴⁾. ولا يرد عند المشرع الجزائري نص قانوني صريح بها، وإنما نجد تطبيقاً في القانون الجنائي "الأصل براءة المتهم"، وأيضاً في القانون المدني حيث يقع عبء الإثبات على المدعي لا المدعى عليه، لأن الأصل أن ذمته بريئة من أي التزام. فالحكم ببراءة ذمة المكلف من التكاليف الشرعية والحقوق المالية، هو القاعدة الأصلية، والاستثناء هو الإلزام.

(1) -المرجاني، التعريفات، ط1:، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ص 107. الكفوي، الكليات، ت: عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، ص 454. القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دط، دار الكتب العلمية، 2004م، ص85.

(2) - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دمشق: دار الفكر، ج1 ص 142 . حسن الهنداوي، الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2004م، ص91.

(3) - ابن حزم، الإحكام في أصول الإحكام، ج7 ص73.

(4) -القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، دط، عالم الكتاب، دت، ج3 ص 230-231

ولقد عرف ابن حزم الإلزام بقوله: " هو أن تحكم على الانسان بحكم ما، فإما واجب أو غير واجب⁽¹⁾. فلزوم الحكم يكون بنص شرعي، أو ممن خوله الشارع سلطة شرعية، ونقيضه ما كان مفتقرا إلى ذلك.

ويرادف الإلزام عند ابن حزم الواجب والفرض، وهو طلب الفعل أو الترك على سبيل الحتم، يثاب فاعله ويعاقب تاركه، وهو المستفاد من قوله: " فالفرض: ما استحق تاركه اللوم واسم المعصية لله تعالى، وهو الواجب واللازم والحتم"⁽²⁾. و" الأمر: إلزام الأمر المأمور عملا ما"⁽³⁾. والنهي: " إلزام الناهي المنهي ترك عمل ما"⁽⁴⁾ وفي ذات السياق يقول القرافي: "الأوامر والنواهي إنشاء متفق عليه... فإن قول القائل افعل ولا تفعل، يتبعه إلزام الفعل أو الترك"⁽⁵⁾، أما المشرع الجزائري فالإلزام⁽⁶⁾ يرادف الواجب فقط⁽⁷⁾، فلا يرد عنده مصطلح الفرض لأنه من المصطلحات التي انفردت بها الشريعة الإسلامية لتعلقه بالإثم والمعصية.

و تحقق الإلزام مشروط بتحقق لزوم الفعل في ذمة المكلف للالتزام، أو ليجبر على الأداء وتنفيذ ما علق في ذمته حين الامتناع.

و يستعمل ابن حزم والمالكية المرادفات (كلف) و(أجبر) مقابل مصطلح (ألزم).، من ذلك قول ابن حزم في المحلى:

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 50.

(2)- المصدر نفسه، ج 1 ص 43.

(3)- المصدر نفسه، ج 1 ص 42

(4)- المصدر نفسه، ج 1 ص 42- 43.

(5)- القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج 1 ص 27.

(6)- مثاله: المواد 55، 56، 57 من القانون المدني، المادة 20 (معدلة) من القانون التجاري، عدلت بالأمر رقم 27-96 المؤرخ في 1996/12/09 ج ر 77 ص 5.

(7)- مثال ذلك المادة 7 (مكرر من قانون الأسرة)، أضيفت بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 2005/02/27 (ج ر 15ص19).

- " إن عجز الزوج عن نفقة نفسه، وامراته غنية كلفت النفقة عليه"⁽¹⁾.

- " من كانت بينهما دار أو رحي أو ما لا ينقسم، أجبوا على الإصلاح"⁽²⁾.

- " وفرض على الأغنياء من كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم"⁽³⁾. " ويلاحظ هنا أن الجبر متعلق بالفروض الكفائية، على مستوى الجماعة.

وأیضا ما ذكر عند المالكية:

- "لأن التكليف هو الإلزام"⁽⁴⁾.

- "ومن أتاه غريمه ببعض حقه فأبى أن يأخذه أجب على قبض ما أتى به"⁽⁵⁾.

أما المشرع الجزائري فلا يرد عنده سوى مصطلح ألزم أو يجب فقط من ذلك المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁶⁾: "يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي".

ويتفق ابن حزم والمالكية؛ أنه لا يجب من الفعل الواجب أو اللازم، إلا بحسب قدرة واستطاعة المكلف، على أداء ما أنيط به من حكم شرعي، فيلزمه ما قدر عليه، ويسقط عنه ما عجز عنه، قال ابن حزم: "كل فرض كلفه الله تعالى الانسان، فإن قدر عليه لزمه، فإن عجز عن جميعه سقط عنه، وإن قدر على بعضه وعجز عن بعضه، سقط عنه ما عجز عنه، ولزمه ما قوي

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 254.

(2) - المصدر نفسه، ج 6 ص 418.

(3) - المصدر نفسه ج 4 ص 281.

(4) - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط 3، دار الفكر، 1992م، ج 4 ص 245.

(5) - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ت: محمد ولد ملايك، الرياض، مكتبة الرياض الحدية، 1980م. ج 2، ص 951.

(6) - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

عليه فقط، سواء أقله أو أكثره"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الشاطبي: " الأمر فيها بحسب قدرة المكلف على الدوام فيما دخل فيه وعدم قدرته، فمن لا يقدر على الوفاء بمرتبة من مراتبه لم يؤمر بها، بل بما هو دونها، ومن كان قادرا على ذلك كان مطلوباً،... على وجه لا تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها، أو إلى تعطيل عاداته التي يقوم بها صلاح دنياه، ويتوسع بسببها في نيل حظوظه"⁽²⁾. فالتكاليف كلها مشروطة بالقدرة والاستطاعة، فما قدر عليه المكلف أتى به بتمامه، وما عجز عنه جزئياً، خفف عنه بالترخيص، وما عجز عنه كلياً رفع عنه التكليف بالمرة، عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقرة: 286) إذ لا تكليف بما لا يطاق شرعاً وعقلاً"⁽³⁾. ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية، في عدم التكليف بما يخرج عن الطاقة البشرية، وفي تخفيف الأحكام إذا تحقق الحرج والمشقة، أثناء تنفيذ الالتزامات بين الطرفين، كنظرة الميسرة بالنسبة للمدين المعسر، وتعديل العقد بسبب ظروف طارئة أرهقت المدين.

ومما يلاحظ على ابن حزم أيضاً، أنه وضع مصطلحاً خاصاً بمنهجه الظاهري، لتسمية الإجماع الذي: " اتفق جميع العلماء على وجوبه أو على تحريمه، أو على أنه مباح لا حرام ولا واجب"⁽⁴⁾. بالإجماع اللازم. فلزوم الحكم الشرعي من كونه فرضاً أو حراماً أو مباحاً، متعلق بالإجماع لا بالمسألة نفسها وحكمها.

وبناء على ما تقدم، فالإلزام هو: الحمل على تأدية واجب بالفعل أو بالتارك، اختياراً أو جبراً، تعلق في ذمة المكلف بنص شرعي أو من ذي سلطة شرعية.

فالإلزام له ثلاثة أركان وهي: صفة الإلزام، من يقع عليه الإلزام، ومن له سلطة الإلزام.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 1 ص 87 .

(2) - الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 148.

(3) - عبد النور بز، فقه المقاصد والمصالح بين العز والشاطبي دراسة مقارنة، ط 1، لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2014م، ص 455.

(4) - ابن حزم، مراتب الاجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، دط، بيروت: دار الكتب العلمية، دت، ص 8.

أ- **صفة الإلزام: الجبر وهو الحمل على** تنفيذ الحكم المطالب به شرعا، تركا أو أداء. لأن محل الإلزام قد يكون فعلا يقدم عليه المكلف ويقوم به، وقد يكون امتناعا يلزم المكلف بموجبه رعاية مصلحة الغير.

ب- من يقع عليه الإلزام: وهو الفرد المخاطب بالنص الشرعي، اتفاقا بين التشريعات الثلاث، ويزيد ابن حزم بإلزام الجماعة، وجبرها على أداء الواجب الكفائي، سواء بنصوص الشريعة الجزئية أو بكلياتها، لعدم تفويت مصلحة جموع المخاطبين بأحكام الشريعة. وهو المستفاد من قوله: "وفرض على الأغنياء من كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم"⁽¹⁾.

ج- من له سلطة الإلزام: السلطة هي القدرة على إخضاع شخص لنظام معين، وسلطة الأحكام الشرعية تستمد مرجعيتها ومصداقيتها من النص الشرعي نفسه، ومن حول له تنفيذ الأحكام الشرعية وهو الحاكم. اتفاقا بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

الفرع الثالث: الفروق الفقهية بين الإلزام والالتزام والإكراه والتنفيذ:

قال السيوطي: "إن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرک خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى، المختلفة حكما وعلة"⁽²⁾.

و من هذا الباب الفرق بين الإلزام والالتزام والإكراه والتنفيذ، من حيث الوضع والحمل. فالوضع: هو الوضع اللغوي للفظ، ونقارب بين الألفاظ في أصل نشأتها ومعرفة معانيها. وأما الحمل: فهو المعنى الشرعي الذي يستفیده العلماء من اللفظ⁽³⁾. ومنه نسير إلى بيان الفروق الفقهية بين الإلزام والالتزام عند ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 281.

(2)- السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، 1990م، دت، ص 7.

(3)- نادية العمري، الفروق في القواعد الأصولية دراسة تطبيقية على المسائل الفقهية، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2008م. ص 16.

أولاً: الفروق الفقهية بين الإلزام والالتزام عند ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري:

و تتضح الفروق الفقهية بين الإلزام والالتزام فيما يلي:

أ- المادة اللغوية لكل من الإلزام والالتزام واحدة وهي مادة (ل ز م)، فالالتزام لغة الاعتناق وأصله من لزم بمعنى ثبت ودام، ويقال التزم الشيء أو الأمر، أوجبه على نفسه والتزمه أي اعتنقه فهو ملزم، والتزمه يعني جعلته في عنقي، فمعنى الالتزام إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له⁽¹⁾.

أما الإلزام، فهو يدل على إيجاب أمر على الغير وإثباته عليه، وتعديه الثبات والدوام، ليكون واجبا عليه ثابتا في حقه. فالمعنى اللغوي المشترك بينهما، هو الثبات والدوام ومصاحبته الشيء بالشيء. ويفترقان في أن الالتزام يكون بمحض إرادة الملتزم في إثبات شيء على نفسه، أما الإلزام فيكون بتدخل طرف ثان له القدرة على إيجاب أمر على الغير وإثباته عليه.

ب - ورد مصطلح الالتزام عند ابن حزم في كتابه " الإحكام في أصول الأحكام " و"المحلى". من ذلك قوله: " وإنه من خير نفسه، في التزم أو ترك أو في الرجوع، إلى قول قائل دون رسول الله ﷺ فقد عصى الله"⁽²⁾. وقال أيضا: "إلا أن يكون النص أو الإجماع، قد ورد أحدهما بجواز التزم ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه، وليس ذلك إلا في شروط يسيرة"⁽³⁾. فالالتزام عند ابن حزم هو أن يوجب المكلف على نفسه شروطا منصوصا عليها بظاهر اللفظ أو بمعناه. ولذلك تجد أكثر ما يرد الالتزام عند ابن حزم في مسألة النذور والاعتكاف، منها قوله، " وليس على أحد إلا ما التزم أو نوى"⁽⁴⁾. وأيضا: " فصح أن من التزم أن يفعل شيئا، ولم يقل إن شاء الله، فقد خالف أمر الله تعالى، وإذا خالف أمر الله تعالى لم يلزم عقد خالف فيه أمر ربه

(1)-ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5 ص 245، ابن منظور، لسان العرب، ج 12 ص 541

(2)-ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 101.

(3)-المصدر نفسه، ج 5 ص 31.

(4)-ابن حزم، المحلى، ج 3 ص 434.

عز وجل، بل هو معصية يلزم أن يستغفر الله عز وجل منه⁽¹⁾.

أما المالكية فالالتزام عندهم أعم، وهو مطلق المعروف فيما يوجبه الشخص على نفسه، وهو الاستفادة من قول الخطاب: "إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"⁽²⁾. يدخل في الالتزام المطلق عند الخطاب: الصدقة والعارية، والنذر والضمان، ومثل للالتزام بمعنى الأخص بمن التزم الإنفاق على شخص مدة معينة أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه⁽³⁾. وفي ذات السياق يقول الخرشي: "الذمة هي وصف مقدر في الشخص يقبل الالتزام كلك عندي دينار، ويقبل الإلزام كألزمتك دية فلان مثلاً"⁽⁴⁾.

أما على مستوى القانون الوضعي، فقد انقسم الفقهاء في تعريف الالتزام إلى مذهبين: المذهب الشخصي الذي يغلب العلاقة التي تقوم بين طرفي الالتزام على موضوعه، والمذهب المادي الذي يغلب موضوع الالتزام على طرفيه، باعتباره الأمر الجوهري في العلاقة بينهما. وقد جمع المشرع الجزائري بين المذهبين، فأخذ من كل منهما بما يوافق المصلحة المتوخاة من التشريع، وإن كان يغلب عليه المذهب الشخصي كما في المادة 54 (معدلة)⁽⁵⁾ من القانون المدني، ومن أبرز مظاهر المذهب المادي فيه، إمكان حوالة الحق دون حاجة إلى رضا المدين المادة 239 من القانون المدني "...وتتم الحوالة دون رضا المدين"، وإمكان حوالة الدين وإن لزم لنفاذها في حق الدائن أن يقر ذلك، المادة 252 من القانون المدني: "لا تكون الحوالة نافذة في

(1)-المصدر السابق، ج7 ص34.

(2)-الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ت: عبد السلام محمد الشريف، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1984م، ص68.

(3)-المصدر نفسه، ص71.

(4)-الخرشي، شرح مختصر خليل، دط، بيروت: دار الفكر للطباعة، دت، ج5 ص217.

(5)-عدلت بالقانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر 44، ص 21: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

حق الدائن إلا إذا أقرها" (1).

ثانياً: الفروق الفقهية بين الإلزام والإكراه عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري

قال ابن فارس في تعريف الإكراه لغة: "الكاف والراء والهاء أصل صحيح واحد يدل على خلاف الرضا والمحبة، يقال كرهت الشيء أكرهه كرهاً، والكره المشقة، والكره أن تكلف الشيء فتعمله كارهاً" (2).

أما ابن حزم فقد عرفه بقوله: "هو كل ما يسمى في اللغة إكراهاً، وعرف بالحس أنه إكراه، كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به، والوعيد بالضرب. أو الوعيد بالسجن أو الوعيد بإفساد المال كذلك" (3). فمبنى الإكراه عنده يتحقق بالمعنى اللغوي وهو انتفاء الرغبة والرضا، وبما تمليه شهادة الحواس من وقوع الإكراه على المكره حقيقة سواء بالقول أو الفعل. وفي ذلك يقول: "ولا فرق بين إكراه السلطان، أو اللصوص، أو من ليس سلطاناً، كل ذلك سواء، لأن الله تعالى لم يفرق بين شيء من ذلك ولا رسوله ﷺ" (4).

و ينقسم الإكراه عند ابن حزم إلى قسمين: إكراه على الكلام، وإكراه على الفعل. "فالإكراه على الكلام: لا يجب به شيء، وإن قاله المكره، كالكفر والقذف والإقرار والنكاح... و البيع والابتياح... لأنه في قوله ما أكره عليه، إنما هو حاك للفظ الذي أمر أن يقوله، ولا شيء على الحاكي بلا خلاف، وكل من أكره على قول، ولم ينوه مختاراً له فإنه لا يلزمه" (5).

"و الإكراه على الفعل ينقسم قسمين: أحدهما كل ما تبيحه الضرورة، كالأكل والشرب، فهذا يبيحه الإكراه، فمن أكره على شرب الخمر أو أكل الخنزير أو أكل مال مسلم أو ذمي، فمباح له أن يأكل ويشرب ولا شيء عليه ولا حد ولا ضمان. والثاني ما لا تبيحه الضرورة

(1)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ط2، الجزائر: دار الهدى 2004م، ج 1 ص 25-26.

(2)- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5 ص 172.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 203.

(4)- المصدر نفسه، ج 7 ص 212.

(5)- المصدر نفسه، ج 7 ص 203.

كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يبيحه الإكراه، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه محرماً عليه إتيانه ⁽¹⁾.

و مما يلاحظ على ابن حزم: أن الإكراه على القول لا يترتب عليه أي أثر، إذا لم يحدث المكره نية تلزمه بالحكم، لأن إحداث النية من قبله والتي محلها القلب، دليل على اختياره وقبوله ومن ثمة التزامه. أما الإكراه على الفعل فقد أنزله مترلة الضرورة التي تنقل الحكم الشرعي من الحرام إلى الحلال، ولم يوجب فيها ضمان أو قود إذا تعلق الأمر بشخص المكره كشربه الخمر (مفسدة العقل)، أو كسجوده لصنم (مفسدة الدين). أما إذا تعلق إلحاق الضرر بالغير كالقتل (مفسدة النفس)، أو الزنى (مفسدة النسل) ⁽²⁾، أو إفساد المال (مفسدة المال)، فبقي الفعل على أصل حرمة وألزمه القود والضمان. "لأن النص لم يبيح له قط أن يدفع عن نفسه ظلماً بظلم غيره ممن لم يتعد عليه، وإنما الواجب عليه دفع الظالم أو قتاله، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2) ولقوله ﷺ: "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن استطاع، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان،" ⁽³⁾ وليس وراء ذلك من الإيمان شيء، فصح أنه لم يُبيح له العون على الظلم لا لضرورة ولا لغيرها" ⁽⁴⁾.

ويقابله الإكراه بحق على أمر ترتب في ذمة المكلف كما هو المستفاد من قول ابن حزم: "وإنما يصير ماله لغيره بأحد وجوه أربعة، أو جبتها النص وهي: أداؤه من ماله، أو قبض من له حق حقه مما ظفر منه من ماله، أو قضاء الحاكم بماله للغرماء فيما لزمه من الحقوق، أو بموته فقط" ⁽⁵⁾. أما المالكية، فقد عرفه الخشني بقوله: "ما يفعل بالمرء مما يضره، ويؤله من ضرب أو

(1) -المصدر السابق، ج 7 ص 203.

(2) -قال ابن حزم: "والضرورة لا تبيح الفروج". الخلى، ج 9 ص 458.

(3) - صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دط، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دت، باب بيان كون النهي عن

المنكر من الإيمان، ج 1 ص 69. سنن ابن ماجه، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ج 2 ص 1330

(4) -ابن حزم، الخلى، ج 7 ص 204.

(5) -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 64.

سجن أو تخويف." (1) وفي تفسير قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ (البقرة: 256)، قال ابن العربي عموم في نفي إكراه الباطل، أما الإكراه بالحق فإنه من الدين (2). فالإكراه بحق هو الإكراه المشروع الذي لا ظلم فيه ولا إثم، وهو الإكراه على أمر واجب شرعا، وهو الذي يعبر عنه المالكية بالجبر الشرعي كما جاء في شرح الخرشي: " واحترز بالجبر الحرام من الجبر الشرعي، كجبر القاضي المديان على ابيع لوفاء الغرماء أو المنفق للنفقة والخراج الحق، فليس ذلك بل هو جائز لازم" (3).

واعتبر المشرع الجزائري الإكراه من عيوب الرضا الذي لا ينعقد به العقد، ولا ينتج آثاره القانونية وهو المنصوص عليه في المادة 88 من القانون المدني: " يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق " ويستند المشرع في تقدير جسامته الإكراه الواقعة على المكره، بحسب سنه وجنسه ذكرا أو أنثى، وحالته الصحية والاجتماعية. واستثنى المشرع الجزائري الإكراه البدني على المدين لاستيفاء الحقوق منه، وأعطى له الشرعية في موضعين اثنين وهما المواد التجارية وقروض النقود، طبقا لنص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يجوز في المواد التجارية وقروض النقود، أن تنفذ الأوامر والأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به، والتي تتضمن مبلغا أصليا يزيد عن خمسمائة دينار بطريق الإكراه البدني ."

و بناء عليه تتضح لنا الفروق الفقهية بين الإكراه والإلزام فيما يلي:

1- إن الحرية مناط الاختيار، فلا تسلب إلا إذا وقع على صاحبها إلزام أو إكراه، وأجبر على أداء فعل أو تركه، ولذا فالإلزام لا يكون إلا بحق ترتب في ذمة الممتنع. وأما الإكراه فله معنيان شرعي وغير شرعي. فأما الشرعي فهو الإكراه بحق، وهو هنا بمعنى الإلزام.

(1)-الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب مالك، دط، الدار العربية للكتاب، 1985م، ص313.

(2)-ابن العربي، أحكام القرآن، مراجعة: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003 م، ج1، ص310.

(3)-الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 5 ص9.

2- جهة الإلزام التي تحمل الغير على القيام بالفعل أو بالامتناع عنه، هي الجهة الشرعية التي لها ولاية عامة أو خاصة تتمكن بموجبها من حمله على تنفيذ ما علق في ذمته بوسائل شرعية. وأما جهة الإلزام في الإكراه بغير حق، فهي فاقدة لصفة الشرعية كاللصوص وقطاع الطرق، أو انتفى عنها تحقيق مقصد الشارع من المحافظة على المصالح العامة، واتخذت مما خوله لها الشرع من ولاية، ذريعة للسطو على مصالح الناس، كالسلطان ومن يقوم مقامه.

3- إذا كان المقصد من الإلزام أو الإكراه بحق، هو عدم تفويت مصلحة جموع المخاطبين بأحكام الشريعة، بإيصال الحقوق إلى أهلها، ودرء المفسد عنهم بقطع الخصومات التي تقع بينهم، فإن الإكراه بغير حق هو عين الاعتداء على هذه المصلحة.

ثالثا: الفروق الفقهية بين الإلزام والتنفيذ عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري

جاء في كتاب العين: " نفذ: النفاذ: الجواز والخلوص من الشيء، ونفذت أي جرت، وطريق نافذ: يجوزه كل أحد ليس بين قوم خاص دون العامة، ويقال: هذا الطريق ينفذ إلى مكان كذا وكذا، وفيه منفذ للقوم أي مجاز. ونفذ السهم وأنفذته، والنفذ يستعمل في إنفاذ الأمر، تقول: قام المسلمون بنفذ الكتاب، أي بإنفاذ ما فيه"⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح، فيتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في مفهوم التنفيذ، فلقد عرفه ابن حزم بقوله: "وحكم القاضي لا يحل ما كان حراما قبل قضائه، ولا يجرم ما كان حلالا قبل قضائه، إنما القاضي منفذ على الممتنع فقط - لا مزية له سوى هذا"⁽²⁾. وقال أيضا: "إنما الحاكم منفذ بقوة سلطانه كل ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ"⁽³⁾ فدور القاضي إلزام الممتنع على تنفيذ ما علق في ذمته من حقوق، سواء كانت متعلقة بحق الله تعالى أو بحق العبد. أما ابن فرحون فقد عرفه بقوله: " الإلزام بالحبس وأخذ المال بيد القوة ودفعه لمستحقه،

(1)-الفراهيدي، كتاب العين، ج 8 ص 189.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 516.

(3)-المصدر نفسه، ج 9 ص 187.

وتخليص سائر الحقوق، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه، ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الثبوت والحكم، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة. وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لا سيما الحاكم الضعيف القدرة على الجبارة فهو ينشئ الإلزام، ولا يخطر له تنفيذه؛ لتعذر ذلك عليه، فالحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما، ألا ترى أن المحكم ليس له قوة التنفيذ⁽¹⁾. وبالنظر إلى التعريف فإنه يغلب عليه الجانب العملي وهو الحبس والحجز في حق الممتنع عن التنفيذ. أما المشرع الجزائي فلم يعرف التنفيذ، لأن غرضه التشريع لا التنظير، وإنما نجد تعريفه عند شراح القانون، من ذلك: "التنفيذ هو إجراء مقتضى العقد الرسمي أو الحكم، أو ما هو في معنى الحكم، بحيث يحصل الدائن على حقه من المدين"⁽²⁾. أو هو "استعادة الطرف المتضرر لحقوقه الثابتة بموجب سند"⁽³⁾.

وبالتالي يتبين لنا أن من مقتضيات الإلزام ومستلزماته تنفيذ المكلف بما علق في ذمته من حقوق وواجبات، أو أن التنفيذ هو الجانب العملي لسلطة الإلزام.

فإذا تبين لنا مفهوم الإلزام؛ نسير إلى بيان المقصود بالتصرفات المالية عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: التصرفات المالية

التصرفات المالية مركب إضافي من مصطلحين وهما: التصرفات والمال، وبالتالي يتعين علينا بيان المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام في مناهج الأقضية وأصول الأحكام، ط2، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م، ج 1 ص 132.

(2) - عبد الفتاح السيد وأحمد قمحية، التنفيذ علما وعملا، ط2، مصر: المطبعة الرحمانية، 1927م، ص 1.

(3) - عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، ط1، الجزائر: منشورات: بغدادي، 2009م، ص9.

الفرع الأول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للتصرفات.

أما المعنى اللغوي للتصرفات، فكما جاء في لسان العرب: " الصرف: أن تصرف إنسانا عن وجه يريده إلى مصرف غير ذلك. وصرف الشيء: أعمله في غير وجه كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه"⁽¹⁾ ولا يزيد المعنى الاصطلاحي عليه، وهو المستفاد من قول ابن حزم: " وأن ماله بيده يتصرف فيه بالمعروف، من نفقة على نفسه، وكسوة، وبيع وابتيع، تصرف ذي الملك في ملكه؛ فلولا أنه ماله وملكه ما حل له شيء من هذا كله فيه"⁽²⁾. فشرعية التصرف مرتبطة بملكية صحيحة للشيء، وفي ذات السياق يقول القرافي: " تصرفات المكلفين في الأعيان وهي: إما نقل أو إسقاط أو قبض، أو إقباض أو التزام أو خلط، أو إنشاء ملك أو اختصاص أو إذن، أو إتلاف أو تأديب وزجر."⁽³⁾ فنقل الأعيان يكون بعوض كالبيع والقرض أو في المنافع كالإجارة، وإلى ما هو بغير عوض كالهدايا والوصايا والصدقات.

و الإسقاط يكون إما بعوض كالتخلع والصلح على الدين، فجميع هذه تسقط الثابت ولا تنقله إلى البازل، أو بغير عوض كالإبراء من الديون.

وأما القبض هو إما بإذن الشرع وحده وقبض الإمام المغصوب من الغاصب، وأموات الغائبين وأموات بيت المال والمحجور عليهم والزكوات، أو بإذن غير الشرع كقبض المبيع بإذن البائع والرهن أو بغير إذن لا من الشرع ولا من غيره كالغصب.

وأما الإقباض كالمناولة في العروض والنقود، وبالوزن والكيل في الموزونات والمكيلات، وبالتمكين في العقار والأشجار.

وأما الالتزام بغير عوض كالندور والضمان بالوجه أو بالمال. وأما الخلط إما بشائع وإما بين الأمثال وكلاهما شركة.

(1)-ابن منظور، لسان العرب، ج9 ص 189.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 6.

(3)-القرافي، الذخيرة، ت: محمد بوخبزة وآخرون، ط 1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م، ج 1 ص 159.

وأما إنشاء الأملاك في غير مملوك كإحياء الموات، والاصطياد والحياسة في الحشيش ونحوه. وأما الاختصاص بالمنافع كالإقطاع والأوقاف.

وهو ما ذهب إليه فقهاء القانون من أن: " التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء أم نقل، أم تعديل أم إنهاء حق من الحقوق. والتصرفات القانونية إما أن تكون من جانب واحد مثل الوصية أو من جانبين مثل البيع"⁽¹⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يتبين لنا أن: التصرفات هي ما يعتبره الشارع، مما يصدر عن الشخص العاقل المميز باختياره وإرادته، تحقيقاً لمصلحة نفسه أو غيره.

و التصرف إما قولي قوامه ما يصدره الانسان من قول أو إشارة، يرتب عليه الشارع حقا معيناً، وإما فعلي قوامه حركات الجوارح كإحراز المباحات والغصب والإتلاف واستلام المبيع، وقبض الدين.

والتصرف القولي نوعان: عقدي، وغير عقدي

أ-التصرف القولي العقدي: هو الذي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود.

ب-وأما التصرف القولي غير العقدي، فنوعان:

1- ما كان عزيمة مبرمة، وإرادة منشئة لحق، كالوقف، أو منهية له كالطلاق، أو مسقطه له كالإبراء من الدين، والتنازل عن حق الشفعة.

2- أقوال تترتب عليها نتائج كالدعوى والإقرار والإنكار، والحلف على نفي دعوى الخصم⁽²⁾.

ومنه نسير إلى بيان معنى المال.

(1)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 ص 32.

(2)- نذير بوصبع، نظرية العقد عند الإمام ابن حزم الأندلسي أصولها ومقوماتها، ط1، بيروت: دار ابن حزم، 2010م، ص 177.

الفرع الثاني: المعنى اللغوي والاصطلاحي للمال.

أما التعريف اللغوي للأموال فهو جمع مال، وأصلها مَوَّل. قال ابن فارس: "مَوَّل، الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تمَوَّل الرجل اتخذ مالا، ومال يمال كثر ماله"⁽¹⁾. وجاء في لسان العرب: "المال: هو ما يملك من كل شيء، قال ابن الأثير المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان"⁽²⁾.

وأما التعريف الاصطلاحي؛ فلم أقف على تعريف خاص للمال عند ابن حزم، بحده أو برسمه - في حدود علمي - . وإنما استقرت اجتهاداته أثناء بيانه للأحكام الشرعية المتعلقة بالمال. فمن ذلك قوله:

- " وإنما تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالا، كالأمانات والوكالات، والوصايا وغير ذلك"⁽³⁾.

- " وأما الخنزير فلا يقع عليه في حياته ملك لأحد، لأنه رجس محرم جملة، فمن سرقه حيا أو ميتا، فإنما أخذ مالا لا مالك له، وما لا يحل لأحد تملكه"⁽⁴⁾.

- " كما يترك الناس ما لا قيمة له عنده من أموالهم، ويبيحونه لمن أخذه كالنوى، أو التبن والزبل ونحو ذلك"⁽⁵⁾.

- " مالا يحل بيعه ولا ملكه لا ضمان فيه"⁽⁶⁾.

- " لا يحل بيع الحيوان إلا لمنفعة، إما لأكل وإما لركوب وإما لصيد وإما لدواء، فإن كان

(1)- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5 ص 285. والفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دط، بيروت:

المكتبة العلمية، دت، ج2 ص 586

(2)- ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص 635- 636.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 360.

(4)- المصدر نفسه، ج 12 ص 323.

(5)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 79.

(6)- المصدر نفسه، ج6 ص 447..

لا منفعة فيه لشيء من ذلك لم يحل بيعه ولا ملكه"⁽¹⁾.

- "وما اختلف قط عربي ولا لغوي ولا فقيه، أن الحوائط والدور تسمى مالا وأموالا، وأن من حلف أنه لا مال له، وله حمير ودور وضياع، فإنه حانث عندهم وعند غيرهم"⁽²⁾.
و بالنظر إلى هذه المسائل الاجتهادية، يتبين لنا أن المال عند ابن حزم هو ما تحقق بالإباحة الشرعية والنفعية، سواء من حيث الاقتناء أو من حيث المعاوضة، وهو الذي يجب فيه الضمان لإتلاف أو لتعد.

و نظرة المالكية للمال لا تختلف عن نظرة ابن حزم في كليتها. فلقد عرفه القاضي عبد الوهاب بقوله: "يقطع في جميع التمولات التي تتمول في العادة، ويجوز أخذ الأعضاض عليها"⁽³⁾.
و عرفه أيضا ابن العربي بقوله: "وتحقيق المال ما تتعلق به الأطماع ويعتد للانتفاع به، هذا رسمه في الجملة، وتحقيق بيانه يترتب عليه أن منفعة الرقبة في الإجارة مال"⁽⁴⁾. وكذلك عرفه الشاطبي بقوله: "وأعني بالمال؛ ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع التمولات"⁽⁵⁾.

والذي يؤخذ من كلام الشاطبي أن المال عنده يشمل المنافع كما يشمل الأعيان، لأن الملك يقع عليهما معا، ويخرج بهذا القيد كل شيء لا يمكن حيازته كالطير في الهواء، والسمك في الماء، والمعادن في حوف الأرض، وهذا المفهوم مأخوذ من المعنى اللغوي للمال، إلا أن هذا الأمر فيه نظر لأن عدم ملكية الانسان لهذه الأشياء لا ينافي ماليتها في ذاتها. ويشترط الشاطبي

(1)-المصدر السابق، ج 7 ص 512..

(2)-المصدر نفسه ج6 ص 255.

(3)-القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ط1، دار بن حزم، 1999م، ج 2 ص 947. و المعونة في مذهب عالم المدينة، ت: حميش عبد الحق، دط، مكة: المكتبة التجارية، دت، ج 1 ص 1421.

(4)-ابن العربي، أحكام القرآن، ج 5 ص 457.

(5)-الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 32.

في الشيء المملوك حتى يكون مالا أن يؤخذ من وجوهه، وهي الطرق والمسالك التي حددها الشرع لذلك⁽¹⁾.

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة، واختلافها ليس ناشئا عن اختلاف آراء قائلها، بل هو اختلاف عبارات بين الوضع والغموض، والشمول وعدمه، والمراد عند الجميع واحد ولا يتعد عن التعريف اللغوي للمال⁽²⁾، بضابط تحققه بالإباحة الشرعية.

ويختلف المالكية مع ابن حزم في اعتبار الحقوق أموالا وتورث، وهو المستفاد من قول ابن رشد: " وعمدة المالكية... أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال، إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال"⁽³⁾. وكذلك في اعتبار المنافع أموالا لإمكان حيازتها بجملة أصلا، ولأنها المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت، وهو ما أشار إليه ابن العربي بقوله: " والتجارة هي مقابلة الأموال بعضها ببعض، وهو البيع؛ وأنواعه في متعلقاته بالمال كالأعيان المملوكة أو ما في معنى المال كالمنافع"⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري، فلقد أسند تكييف المال إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، بقوله في نص المادة 17 (معدلة) من القانون المدني: " يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"⁽⁵⁾. وبالتالي فقد عرفه بحسب نوعيه في المادة 683 من القانون المدني: " كل شيء مستقر بجزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". ويختلف المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في تكييفه للمال، لعدم اعتباره للضوابط الشرعية في مسمى المال، لانتفاء مصطلح الحرام في منظومته التشريعية. **وقسم المالكية الأموال إلى أقسام متعددة، بحسب ماهية العين، باعتبار إباحة الانتفاع**

(1) - عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية ط1، الأردن: دار النفائس، 2010م ص31-32.

(2) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، دار الفكر العربي، دت، ص 52

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3 ص 227.

(4) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج1 ص 321.

(5) عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م (ج ر 44 ص 19).

وحرمة إلى: متقوم وغير متقوم. وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى: عقارٍ ومنقول. وباعتبار تماثل أحاده أو أجزائه وعدم تماثلها إلى: مثلي وقيمي. وباعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقائه إلى: استهلاكي واستعمالي⁽¹⁾. وثمره هذا التقسيم في بيان صحة العقد من فساده، وفي وجوب ضمان المتلف من عدمه.

ويزيد ابن حزم تقسيما آخر للمال، بحسب المنفعة العائدة على الدائن والمدين، وهو المنصوص عليه في قوله: "وجدنا كل ما يقبضه بعض الناس من بعض، من الأموال ينقسم ثلاثة أقسام: أحدها: قسم منفعته للدافع دون المدفوع إليه، كالوديعة، والوكالة، فهذا غير مضمون، فوجب أن يكون كل ما في هذا الباب كذلك. وثانيها: قسم منفعته للدافع والمدفوع إليه معا، كالقرض، وقد اتفقنا على أنه غير مضمون، فوجب أن يكون الرهن وكل ما في هذا الباب كذلك. وثالثها: ما منفعته للمدفع إليه دون الدافع كالقرض، وقد صح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العارية، وكل ما في هذا الباب كذلك"⁽²⁾. أما المشرع الجزائري فقد قسم المال إلى قسمين: القسم الأول: أموال مادية وتتمثل في العقار والمنقول، المادة 17 (معدلة) من القانون المدني، فالعقار هو: كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف كالأراضي والبنيات، أما المنقول فهو كل شيء غير مستقر بجيزه وثابت فيه، كالسيارات والآلات والأثاث بحيث يمكن نقل هذه الأموال العينية، من مكان إلى آخر دون تلف أو فقدان لقيمتها.

والقسم الثاني: أموال معنوية المادة 17 مكرر (جديدة): "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها..." وعددها المشرع بالملكية الأدبية والفنية، براءة الاختراع، الرسم والنموذج الصناعيين، والعلامة التجارية، والاسم التجاري. وبعد بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي للتصرفات والمال، ننتهي إلى أن مفهوم التصرفات المالية هو: "اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر مشروع في المال أقره الشارع، سواء كان هذا الأثر إنشاءً أم نقلا، أم تعديلا أم إنهاءً حق من الحقوق."

(1) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق: دار الفكر، دت، ج 4 ص 2879.

(2) -ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 32.

المبحث الثالث: مقاصد التشريع المالي عند المالكية وابن حزم والقانون الجزائري

مقاصد التشريع هي الأغراض والغايات، التي يهدف المشرع إلى تحقيقها عاجلا أو آجلا، جلبا للمصلحة العامة (العائدة على الفرد والجماعة) ودفعاً للمفسدة. ويختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في التأسيس الشرعي لمصطلح المقاصد، وإلى أي مدى يمكن تفعيله في استنباط الأحكام الشرعية.

المطلب الأول: التأسيس الشرعي لمصطلح المقاصد عند المالكية وابن حزم والمشرع

الجزائري

يختلف ابن حزم والمالكية اختلافاً كلياً؛ حول دور العقل في بيان الأحكام الشرعية، فذهب ابن حزم إلى أن دوره يتمثل في الفهم والتنفيذ وهو المستفاد من قوله: "العقل لا يوجب على الباري تعالى حكماً وليس فيه تحريم ولا تحليل، إنما هو الفهم عن الله تعالى وعن رسوله ﷺ، والمعرفة بوجوب الطاعة في ذلك"⁽¹⁾، بينما ذهب المالكية إلى أن دوره يتجلى في كشف مراد الشارع، وعنه انبثق اختلافهم حول معنى التعليل والتعبد. أما المشرع الجزائري فلا يرد في منظومته التشريعية مثل هذه المباحث لأن هدفه التشريع لا التنظير. وإن كنا نجد على مستوى فقهاء القانون من تناول (التعليل / الغائية)، (التعبد / تقديس إرادة المشرع)، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: التعليل والتعبد عند المالكية وابن حزم والقانون الوضعي

ذهب المالكية إلى أن التعليل هو القاعدة الأصلية في الأحكام الشرعية، وما عجز العقل عن تعليله فهو من التعبد، الذي لا يخلو من تعليل مصححي وإن لم يعلم. وقد تفرّد المالكية في

(1) - ابن حزم، الدرّة فيما يجب اعتقاده، ت: أحمد بن ناصر الحمد، ط1، القاهرة: مطبعة المدني، 1988م، ص 426. رسالة البيان عن حقيقة الإيمان، ضمن رسائل ابن حزم الأندلسي، المجموعة الأولى، ت: إحسان عباس، مصر: مكتبة الخانجي وبغداد مكتبة المثنى، ج1 ص 29. رسالة في مداواة النفوس، ج1 ص 378، الإحكام في أصول الأحكام، ج1 ص 27 - 29 - 69 وج5 ص176.

كلامهم عن التعليل بالتفريق فيه بين التعبد الخاص والتعبد العام، حتى صار سمة مميزة لهم⁽¹⁾.

فالتعبد الخاص؛ هو ما لا يمكن إدراك مصلحته المناسبة من الأوامر، ولا معرفة مفسدته الملائمة من النواهي على وجه الخصوص. فلا تستطيع الأفهام البشرية معرفة حكمته من المشروعات، أو إدراك علتها الخاصة. وهذا يعني أن "التعبد راجع إلى عدم معقولية المعنى؛ وبحيث لا يصح فيه إجراء القياس. وإذا لم يعقل معناه؛ دل على أن قصد الشارع فيه الوقوف عند ما حده لا يتعدى"⁽²⁾.

وهذا هو التعبد المحض الذي يقصر العقل عن إدراك ما فيه من الحكم، ولا يفهم منه مقصد الشارع على وجه التفصيل، وعلته الجوهرية؛ ليست سوى الطاعة والانقياد لأمر الله ونهيه؛ كما هو المستفاد من قول الشاطبي أيضاً: "وإنما فهمنا من حكمة التعبد العامة؛ الانقياد لأوامر الله تعالى، وإفراده بالخضوع، والتعظيم لجلاله والتوجه إليه"⁽³⁾. "فالتعبد الخاص عند المالكية؛ يعني نفي العلة الخاصة التي تصلح أن تكون أساساً للقياس، لا نفي التعليل بمعناه المصلحي العام الذي لا يخلو منه حكم شرعي"⁽⁴⁾. كبيان المصلحة العائدة على المكلف من طهارته، وصلاته وزكاته وصيامه وحجه.

وأما التعبد العام، فهو ما يعبر عنه بالمعقول المعنى، والغاية منه كشف مراد الشارع، وهو المستفاد من قول الشاطبي: "الأصل في العبادات الالتفات إلى المعاني"⁽⁵⁾. وهو ما عبر عنه المقرئ بقوله: "الأصل في الأحكام المعقولة لا التعبد، لأنه أقرب إلى القبول، وأبعد عن الحرج"⁽⁶⁾. أي أن الغالب الأعم في أحكام العادات قابليتها للتعليل المصلحي، كما قال ابن

⁽¹⁾ -عبد النور بز، نظرية التعليل في الفكرين الكلامي والأصولي توصيف ومراجعة، الرباط: طوب بريس، 2015 م، ص

⁽²⁾ -الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 539.

⁽³⁾ -المصدر نفسه، ج 2 ص 514.

⁽⁴⁾ -عبد النور بز، فقه المقاصد والمصالح عند العز والشاطبي، ص 199.

⁽⁵⁾ -الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 513.

⁽⁶⁾ -المقرئ، القواعد، ت: أحمد بن عبد الله بن حميد، مكة: مركز إحياء التراث الإسلامي، ج 1 ص 294.

العربي: "الغالب في أحكام الشرع اتساقها في نظام التعليل"⁽¹⁾. ولهذا كلما استطاع الناظر في أحكام الشريعة أن يجد لها تعليلا، كان أفضل من حملها على التعبد وفقا لما يراه القرافي: "الحكم مهما أمكن أن يكون معللا لا يجعل تعبدا"⁽²⁾. وهذه قاعدة مسلمة بين جمهور العلماء⁽³⁾، ولم يخالف فيها إلا الظاهرية.

فابن حزم لا يفرق بين تعبد خاص وعام، فالشريعة كلها مبنية على التعبد المحض، ومقتضى التعبد يستوجب الانقياد والامتثال الإلهي لجميع أوامره ونواهيه، دون بحث عن حكمة أو قصد أو علة، وهو المستفاد من قوله: "لا يجوز تعليل شيء من أوامره وإنما يلزم فيها الانقياد فقط وقبولها على ظاهرها"⁽⁴⁾ وقوله أيضا: " وإنما يقتضي الامتثال لأمره عليه السلام والطاعة لما علم عن ربه عز وجل"⁽⁵⁾. فالتعبد هو مناط الأحكام الشرعية في كليتها، لا يستثنى منه حكم، لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ (الذاريات: 56)

فإحجام ابن حزم عن القول بالتعليل، جاء نتيجة لقناعته العقدية الراسخة، بضرورة تزيه أفعال الله تعالى وأحكامه عن التعليل، لاعتقاده أن القول به يتنافى مع الاختيار الإلهي، ولا ينسجم مع واجب التعبد المطلق لله تعالى بما شرع. هذا بالإضافة إلى ما فيه من شائبة الاشتراك مع الله في الحكم، فهذه المعايير هي جوهر ما تهيب ابن حزم الوقوع فيه، فأضرب عن القول بالتعليل أصلا. وعليه فما على المكلف في نظر ابن حزم إلا أن يتعامل مع جميع الأحكام الإلهية، بكامل التسليم ومنتهى التفويض، وليس له أن يسأل عما فيها من مصالح ولا ما تدفعه

(1)-ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ت: حسين علي اليدري وسعيد فودة، ط1، عمان: دار البيارق، 1999م، ص132.

(2)-القرافي، شرح تنقيح الفصول، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973م، ص 398.

(3)-عبد النور بزا، نظرية التعليل في الفكرين الكلامي والأصولي، ص 102.

(4)-ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8 ص 113.

(5)-المصدر نفسه، ج 4 ص 45.

من مفسد، لأن العلل كلها منفية عن أفعال الله تعالى، وعن جميع أحكامه ألبتة.⁽¹⁾ وهو المستفاد من قوله: " لأننا متعبدون ليس لنا أن نلتزم شيئاً، إلا ما ألزمتنا خالقنا تعالى، فالإلزامنا فعل شيء لم يأتنا نص ولا إجماع بأن نفعله باطل"⁽²⁾.

ومن هنا نفهم شذوذ ابن حزم في بعض مواقفه الاجتهادية⁽³⁾، التي أنكرها عليه العلماء لمخالفتها صريح العقل، كمسألة البول في الماء الراكد⁽⁴⁾، فمعيار التعبد القائم على الانقياد والامتثال، يقدم له المرجعية في التأسيس الشرعي لمثل هذه المسائل الفقهية التي وصفت بالشذوذ الفقهي.

أما على مستوى القوانين الوضعية؛ فإننا نجد مصطلح (تقديس إرادة المشرع / الغائية). وقد انفردت مدرسة الشرح على المتون الفرنسية⁽⁵⁾ بتقديس إرادة المشرع، وليس باعتبارها فقط. فالنصوص قد حوت كل القواعد القانونية، بصفة كلية وشاملة، وعلى القاضي أن يستعرض نصوص التشريع ويفسرها بحثاً عن الحكم الواجب التطبيق. أما إذا عجز عن استخلاص القاعدة لحل المسألة المعروضة، فالعيب ليس عيب المشرع، بل عيب القاضي الذي لم يحسن التفسير⁽⁶⁾. وقد أخذ على هذه المدرسة مغالاتها في الأخذ بما يسمى بالقصد المفترض،

(1) _عبد النور بز، التعليل والمصلحة عند الظاهرية ابن حزم نموذجاً، دورة علمية في مقاصد الشريعة " إعمال المقاصد بين التهيب والتسيب"، نظمته مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي مع مركز المقاصد للدراسات والبحوث وجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، من 28 إلى 30 ماي. ص5.

(2) -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج5 ص 49.

(3) -أحمد ذيب، استثمار النص الشرعي بين الظاهرية والمقتصد، ط1، بيروت: مركز نماء للبحوث والدراسات، 2015م، ص 95 وما بعدها.

(4) -ابن حزم، المحلى، ج1 ص 142.

(5) -مدرسة الشرح على المتون الفرنسية، أو مدرسة التزام النص، نشأت في 1804 م في فرنسا بعد صدور مجموعة نابليون القانونية، وهي من المذاهب الشكلية. نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور، مبادئ القانون، دط، بيروت: دار النهضة العربية، دت، 1995م. ص102.

(6) -محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دط، القاهرة: دار النهضة العربية، 1979م، ص 143 وما بعدها.

عند تعذر الكشف عن قصد المشرع الحقيقي، كما أنها لا تهتم سوى بقصد المشرع عند وضع النص، دون أدنى اعتداد بالظروف الاجتماعية والاقتصادية السائدة، عند تطبيق النص محل التفسير مما قد يؤدي إلى الإخلال بالعدالة التي هي جوهر القانون وغايته⁽¹⁾.

وفي المقابل نجد مصطلح الغائية، الذي نادى به مدرسة فقه المصالح⁽²⁾، فقد رأت هذه المدرسة أن المشرع يخص مصالح معينة بالحماية، ويسبغها رعايته، وبالتالي فإن القواعد لا تنتج عن الأفكار، بل أن كل قاعدة قانونية وليدة الموازنة بالحكم في القضايا، وهو ما يستوجب وضع المصالح في كل حالة على حدة. فاعتبار المصالح وسيلة أساسية في فقه هذه المدرسة، لسد الثغرات القانونية، ومجابهة مشكلة التغير الاجتماعي وثبات النصوص⁽³⁾.

وبعدما تبين لنا مفهوم (التعبد / تقديس إرادة المشرع)، (التعليل / الغائية)، نسير إلى بيان موقف المالكية وابن حزم والقانون الوضعي، من مقاصد الشريعة.

الفرع الثاني: موقف المالكية وابن حزم والقانون الوضعي من مقاصد التشريع.

المقاصد مصدر الفعل (ق ص د)، وهو من الألفاظ ذات المعاني المشتركة، ولا تخرج في مجموعها عما ذكره ابن جني: " أصل [ق ص د] ومواقعها في كلام العرب، الاعتزام والتوجه، والنهوض والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان ذلك أو جور، هذا أصله في الحقيقة. وإن كان قد يخص في بعض المواضع، بقصد الاستقامة دون الميل،... فالاعتزام والتوجه شامل لهما جميعا. والقصد: الكسر في أي وجه كان"⁽⁴⁾. هذا في تعريفها اللغوي.

(1) -نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسنين منصور، مبادئ القانون، دط، بيروت: دار النهضة العربية، 1995م. ص 102.

(2) -مدرسة فقه المصالح: نشأت في ألمانيا لمجابهة مدرسة فقه الأفكار والتي كانت ترى أن القانون كامل ولا يشوبه أدنى نقص، فايز محمد حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، ضمن مجموعة بحوث مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، ط1، لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2011م، ص 97.

(3) -فايز محمد حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، ص 100.

(4) -ابن منظور، لسان العرب، ج 3 ص 355. والفراهيدي، كتاب العين، ج 5 ص 54. وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5 ص 95.

وقد كان للمالكية شرف السبق في ممارستها وتوظيفها في استنباط الأحكام الشرعية، وهو ما أشار إليه ابن العربي بقوله: " وأما المقاصد والمصالح فهي أيضا مما انفرد بها مالك دون سائر العلماء ولا بد منها لما يعود من الضرر في مخالفتها ويدخل من الجهالة في العدول عنها"⁽¹⁾. أما المقاصد كمصطلح فقد عرفها القرافي بقوله: " المقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها"⁽²⁾، وكذلك اعتبر الشاطبي أن مقصد الشارع هو إقامة المصالح في كليتها، على وجه لا يختلف لها به نظام، وهو المنصوص عليه في قوله: " ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدينية، وذلك على وجه لا يختلف لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء"⁽³⁾. ومناطق المقاصد هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع، في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة.

و تنقسم مقاصد الشريعة إلى ثلاثة أقسام: ضرورية وحاجية وتحسينية، وهو ما أشار إليه الشاطبي بقوله: " تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام أحدها: أن تكون ضرورية، والثاني أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية"⁽⁴⁾.

فالمقاصد الضرورية: هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، ويترتب على فقدها اختلال وفساد كبير في الدنيا والآخرة. وبقدر ما يكون من فقدها، بقدر ما يكون من الفساد والتعطل في نظام الحياة. كما ثبت بالاستقراء أن المقاصد الضرورية خمسة وهي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ المال، وحفظ العقل.

وأما المقاصد الحاجية: فهي التي يتحقق بها رفع الضيق والخرج عن حياة المكلفين، والتوسعة فيها.

(1)-أبو بكر بن العربي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1992م، ج1 ص 786.

(2)-القرافي أنوار البروق في أنواء الفروق، ج2 ص 3.

(3)-الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 82.

(4)-المصدر نفسه، ج 2 ص 17.

وأما التحسينية، فهي المصالح التي لا ترقى أهميتها إلى مستوى المرتبتين السابقتين، وإنما شأنها، أن تتم وتحسن تحصيلهما، ويجمع ذلك: محاسن العادات ومكارم الأخلاق والآداب. كما أن حفظ الشريعة للمصالح بمراتبها الثلاث، يتم على وجهين، يكمل أحدهما الآخر، وهما: حفظها من جانب الوجود، أي بشرح ما يحقق وجودها وتثبيتها ويرعاها. وحفظها من جانب عدم، أي بإبعاد ما يؤدي إلى إزالتها، أو إفسادها، أو تعطيلها، سواء كان واقعاً أو متوقعاً⁽¹⁾. هذا عند المالكية.

فإذا صرنا إلى بيان موقف ابن حزم من المقاصد، بوصفه مصطلحاً أصولياً وهو: " بيان مقصد الشارع من الأحكام الشرعية "، فلا بد أن نضع نصب أعيننا أننا أمام منهج مغاير لا يقوم على التعليل، فلا نستطيع نقده بما ينكره ويهدمه. بل المنطق السليم يوجب علينا بيان موقفه وفق المنهج التعبدي الذي ألزم به نفسه وهو ما عبر عنه بقوله: " لأننا متعبدون ليس لنا أن نلتزم شيئاً إلا ما ألزمنا خالقنا تعالى"⁽²⁾.

فإذا ما تناولنا المصطلحات الدائرة عند أهل المقاصد (قصد - سبب - غرض - فائدة - معنى - علة) نجد لها منحى آخر وفق المنهج الظاهري.

فتوظيف ابن حزم لمادة (ق ص د) في مواضع عديدة من كتبه الأصولية والفقهية، لا يخرج عن مبنائها اللغوي بمعنى التوجه والعزم⁽³⁾، من ذلك قوله:

-: " والنية قصد العمل بإرادة النفس له دون غيره، واعتقاد النفس ما استقر فيها"⁽⁴⁾.

-: " والصواب إصابة الحق، والخطأ العدول عنه بغير قصد إلى ذلك، والعناد العدول عنه

(1)-الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، دت، ص 125-126. عز

الدين بن زغبية، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ط1، الأردن: دار النفائس، 2015م ص 109 وما بعدها.

(2)-ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 5 ص 49.

(3)- الراغب الأصفهاني، مفردات في غريب القرآن، ت: صفوان عدنان الداودي، دمشق بيروت: دار القلم - الدار

الشامية، 1412هـ، ص 672. مقاييس اللغة ج5 ص 95. لسان العرب ج 3 ص 355. تاج العروس ج 9 ص 36.

(4)-ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 44.

بالقصد إلى ذلك " (1).

- " وكل عمل لم يقصد بالمضغة التي بها يصلح الجسد، فهو باطل وإن عمله الجسد " (2).
- " أن اللفظ لم يقصد به إلا ما قام في العقل، وإنما ننكر دعوى إخراج الألفاظ عن مفهومها بلا دليل " (3).

أما مصطلح السبب فقد عرفه بقوله: " هو أمر فعل المختار فعلا من أجله، لو شاء لم يفعله، كغضب أدى إلى انتصار، فالغضب سبب الانتصار، ولو شاء المنتصر أن لا ينتصر لم ينتصر، وليس السبب موجبا للشيء المسبب منه ضرورة " (4).

و تبقى هذه الأسباب المنصوصة بصريح اللفظ، وفق المنهج الظاهري تعبدية، فلا يجوز تعديتها إلى غير محل النص. كروية هلال رمضان سبب في وجوب الصيام، ودخول الوقت سبب في وجوب الصلاة. وهو المستفاد من قول ابن حزم: " إن الشيء إذا نص الله تعالى عليه، بلفظ يدل على أنه سبب لحكم ما في مكان ما، فلا يكون سببا البتة في غير ذلك الموضع لمثل ذلك الحكم أصلا " (5).

أما مصطلح الغرض فقد عرفه بقوله: " والغرض نتيجة يقصدها الفاعل بفعله، كالشبع الذي هو غرض الأكل في أكله، وقد يكون الغرض اختيارا كمراد الله تعالى بشرع الشرائع، تعذيب من عصاه وتنعيم من أطاعه " (6).

فابن حزم يقر أن لبعض الأحكام أغراضا أي أهدافا ومقاصدا. من ذلك ما نبه عليه في رسالته طوق الحمامة، بقوله: " وما جعل الله فيه أربعة شهود، وفي كل حكمين شاهدين إلا

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1 ص 45.

(2) - المصدر نفسه، ج 5 ص 143.

(3) - المصدر نفسه، ج 3 ص 104.

(4) - المصدر نفسه، ج 8 ص 100.

(5) - المصدر نفسه، ج 8 ص 87.

(6) - المصدر نفسه، ج 1 ص 44.

حياطة منه، ألا تشيع الفاحشة في عباده لعظمتها وشنعتها وقبحها، وكيف لا تكون شنيعة، ومن قذف بها أخاه المسلم أو أخته المسلمة، دون صحة علم أو تيقن معرفة، فقد أتى كبيرة من الكبائر استحق عليها النار غدا، ووجب عليه بنص التزليل أن تضرب بشرته ثمانين سوطا، ومالك رضي الله عنه - يرى ألا يؤخذ في شيء من الأشياء حد بالتعريض دون التصريح إلا في القذف.

و أن في الزنا من إباحة الحريم وإفساد النسل، والتفريق بين الأزواج الذي عظم الله أمره، ما لا يهون على ذي عقل، أو من له أقل خلاق، ولولا مكان هذا العنصر من الإنسان، وأنه غير مأمون الغلبة، لما خفف الله عن البكرين وشدد عن المحصنين. وإن عن المعاصي لمذاهب للعقل واسعة، فما حرم الله شيئا، إلا وقد عوض عباده من الحلال ما هو أحسن من المحرم، وأفضل لا إله إلا هو" (1).

أما مصطلح الفائدة، فلقد عرفه بما يعبر عن منهجه الظاهري، من كون الشريعة تعبدية وكاملة بقوله: " ونحن مقرون أن الله تعالى لم يذكر لفظه إلا لفائدة، وكذلك رسوله ﷺ ولكننا نخالفهم في ماهية تلك الفائدة. فنحن نقول إن الفائدة في كل لفظة هي الانقياد لمعناها والحكم بموجبها، والأجر الجزيل في الإقرار بأنها من عند الله عز وجل، وألا نسأل لأي شيء قيل هذا وألا نقول لم لم يقل تعالى كذا؟، وألا نتعدى حدود ما أمرنا الله به... فلا فائدة أعظم مما أدى إلى الجنة وأنقذ من النار" (2).

أما مصطلح المعنى فلا يرد عنده إلا بمفهوم تفسير اللفظ، وهو المنصوص في قوله: " وقد سمي أيضا العلل معاني وهذا من عظيم شغبهم وفساد متعلقهم، وإنما المعنى تفسير اللفظ، مثل أن يقول قائل: ما معنى الحرام؟ فتقول له: هو كل ما لا يحل فعله، أو يقول: ما معنى الفرض فنقول: هو كل ما لا يحل تركه، أو يقول: ما الميزان فنقول له: آلة يعرف بها تباين مقادير

(1) -رسائل ابن حزم الأندلسي، تحقيق إحسان عباس، رسالة طوق الحمامة في الألفة والإلاف، ج 1 ص 289.

(2) -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 7 ص 12.

الأجرام، فهذا وما أشبهه هو المعاني"⁽¹⁾ ولا بد من التنبيه إلى أن ابن حزم يستعمل مصطلح معنى النص، وقد بينه بقوله: " معاني النصوص ومفهومها وهي كلها واقعة تحت النص وغير خارجة عنه أصلاً... ولا تخرج من أحد قسمين إما تفصيل لجملة وإما عبارة عن معنى واحد بألفاظ شتى"⁽²⁾. مثل قولك زيد يكتب فقد صح من هذا اللفظ أنه حي وأنه ذو جارحة سليمة يكتب بها وأنه ذو آلات يصرفها.

أما العلة فقد عرفها بقوله: " هي اسم لكل صفة توجب أمراً ما إيجاباً ضرورياً والعلة لا تفارق المعلول ألبتة، ككون النار علة الإحراق، والثلج علة التبريد، الذي لا يوجد أحدهما دون الثاني أصلاً ولا بعده فالمولى عز وجل لا يفعل شيئاً لعله، فلا علة لما فعل، ولا علة لما لم يفعل، لأنه ليس مضطراً ولا علة موجبة عليه أن يفعل شيئاً. لأن الفعل لعله يلزم عليه لوازم تمتنع في حق الله تبارك وتعالى. ولأن هذه صفة الخلق، والله خلاف خلقه من كل الوجوه، فيجب أن يكون فعله لا لعله بل لأنه شاء ذلك"⁽³⁾.

فتعريف العلة بهذا المعنى لا يقول به أحد من أهل السنة، بل دأب العلماء إنكار هذا على الفلاسفة. إذن هناك اتفاق بين الطرفين على أن العلة بهذا المعنى في حقه تبارك وتعالى لا تصح. والملاحظ أيضاً أن ابن حزم لم يفرق بين تعليل أحكامه عز وجل، وتعليل أفعاله التي لا يجري فيها حكم التعقيب والمساءلة، لأنه ليس لأحد من المخلوقات سلطان يزاحم سلطانه جل وعلا، أما تعليل أحكامه فهو البحث عن مقصد الشارع من الحكم الذي اشتمل عليه النص لتعميمه على جميع الحوادث والمستجدات.

فتوظيف ابن حزم لهذه المصطلحات، جاء في سياق الالتزام بمحدود النص الشرعي لفظاً

(1) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8 ص 101.

(2) - المصدر نفسه، ج 5 ص 107.

(3) - المصدر نفسه، ج 1 ص 44، ج 8 ص 99.

ومعنى، فالمقصد الأعظم من الشريعة هو التعبد. ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾
(الذاريات: 56)

كما أن مسالك الكشف عن مقاصد الشارع، هو النص وحده لا العقل الذي مهمته الفهم والتنفيذ، فمقام التعبد يقتضي أن لا يعبد الله إلا بما شرع.

من ذلك ما نص عليه الشارع بصريح اللفظ، أن مقصده من وضع الشريعة اليسر ورفع الحرج، قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (الحج: 78)، وقال أيضا: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾ (البقرة: 185)، ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾ (النساء: 28).

فجميع أوامر الله تعالى التي كلفنا بها في نظر ابن حزم، هي يسر وتخفيف ورفع حرج، لأنه لا يسر ولا تخفيف ولا رفع حرج أعظم من شيء أدى إلى الجنة، ونجى من جهنم، وسواء كان حظرا أو إباحة⁽¹⁾.

و إنما يقع الحرج إذا تعرض للمكلف موانع حسية أو معنوية، أخرجته إلى دائرة العجز، لأن الاستطاعة هي صحة الجوارح مع ارتفاع الموانع وتوفيق من عنده تبارك وتعالى. " وكل فرض كلفه الله تعالى الإنسان، إن قدر عليه لزمه، وإن عجز عن جميعه سقط عنه ما عجز عنه، ولزمه ما قدر عليه منه سواء أقله أو أكثره"⁽²⁾.

كما أن المصلحة الشرعية التي جاءت الشريعة بحفظها معتبرة في الفقه الظاهري، سواء التي تتعلق بشخص المكلف أم بمجموع الأفراد، إذا اتحدت نيتهم على إيجاد عمل ما، يحقق مصلحة مشتركة بينهم.

¹ المصدر السابق، ج 2 ص 41.

² ابن حزم، المحلى، ج 1 ص 68 - 69

ويؤسس ابن حزم قاعدة المصلحة الشرعية على دليل نصي، وهو قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا

عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2) ويعضد هذا الدليل بقوله ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه"⁽¹⁾.

وقد تكرر استدلاله بآية التعاون على البر والتقوى، في ما يقارب ثمانية وأربعين موضعاً من كتابه المحلى، يتوزع أغلبها في الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر والحادي عشر. ويلتزم ابن حزم بحدود هذه الآية، من وجوب حمل اللفظ على عمومه وظاهره؛ فكل ما دل عليه لفظ التعاون أكسبه الصفة الشرعية، وهو المستفاد من قوله: "كل مسلم ولي كل مسلم، وأنه مأمور بالنظر له بالأحوط والقيام له بالقسط، وبالتعاون على البر والتقوى"⁽²⁾.

وكل ما دل عليه لفظ البر والتقوى من أعمال الخير والمنفعة، الخاصة أو العامة التي تعود على الفرد والمجتمع، أصبح من الواجب القيام به والسعي لتحصيله..

وكل ما دل عليه لفظ الإثم والعدوان، والذي يعود على مجموع الأفراد أو الفرد الواحد بالضرر والمفسدة، أصبح من الواجب دفعه. وهو المنصوص في قول ابن حزم: "ومن البر والتقوى حفظ الزروع والثمار، التي هي أموال الناس، فلا يعان على فسادها، فإبعاد ما يفسدها فرض"⁽³⁾.

ويعطي ابن حزم مفهوماً دقيقاً لهذه الآية بقوله: "وهذه وصية جامعة لكل خير في العالم"⁽⁴⁾. فتأسيس المصلحة عند ابن حزم يقوم على كليتين، أولهما: النص الشرعي "وتعاونوا على البر والتقوى" والكلية الثانية: أن النصوص الشرعية شاملة لجميع الحوادث والنوازل. ومن بين اجتهادات ابن حزم التي بناها، على هذا المقصد الذي جعله ثابتاً عنده بالنص السابق

الذكر وهو قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ ما يلي:

(1) -صحيح البخاري، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، ج3 ص 128.

(2) -ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 200.

(3) -المصدر نفسه، ج6 ص 445.

(4) -المصدر نفسه، ج 11 ص 360.

أ - " وقال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2)،

ومن جملة ذلك - إطفاء النار المشتعلة، وإنقاذ الصغير، والمجنون، والمقعد، والنائم: من نار، أو من حنش، أو سبع، أو إنسان عاد؛ أو من سيل والمخاربة لمن أراد المصلي أو أراد مسلماً بظلم، وشد الأسير الكافر، أو الظالم - إلا أن يمنع من شيء من ذلك نص أو إجماع، ومن فرق بين شيء من ذلك فقد أخطأ" (1).

ب - " وأما جواز ما كان من ذلك نظراً ومصالحة فلقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ

وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ ونهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال؛ فحفظ مال المسلم والذمي واجب وبر وتقوى، وإضاعته إثم وعدوان وحرام. " (2) ..

ج - "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان" ومن أبر البر إيفاء ذي

الحق حقه، ومن الإثم والعدوان منع ذي الحق حقه " (3).

د - "فإن أحرمت من الميقات، أو من مكان يجوز الإحرام منه، بغير إذن زوجها أو

أحرم العبد بغير إذن سيده، فإن كان حج تطوع، فله منعها وإحلالها، وإن كان حج الفرض نظر، فإن كان لا غنى به عنها أو عنه، لمرض ولضياعته دونه أو دونها، أو ضيعة ماله، فله إحلالها، لما ذكرنا من قول رسول الله ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه". وإن كان لا حاجة به إليهما لم يكن له منعها أصلاً، فإن منعها فهو عاص لله عز وجل وهما في حكم المحصر، وكذلك القول في الابن والابنة مع الأب والأم ولا فرق" (4).

ويلاحظ هنا أننا أمام تعارض مصليتين، مصلحة الزوجة في إتمام حجها، ومصلحة

الزوج في مراعاة الزوجة لشؤونها، وكلا المصليتين ثابتتين عند ابن حزم بالنص.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 2 ص 135.

(2) - المصدر نفسه، ج 6 ص 94.

(3) - المصدر نفسه، ج 9 ص 263.

(4) - المصدر نفسه، ج 5 ص 46.

وقد رجح مصلحة الزوج، وأجاز له أن يحل زوجته من حج التطوع إذا كان بغير إذنه، وعلل منعه بأن طاعته فرض عليها، فيما لا معصية لله تعالى فيه، وليس في ترك حج التطوع معصية. وفق قاعدة الموازنة بين الفرض والمستحب.

كذلك أجاز للزوج أن يحل زوجته من حج الفرض، إذا كانت مصالحة تقتضي حفظ نفسه، واستدل على ذلك بقوله ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه". فإذا انعدمت المصلحة لم يكن له منعها. ويلاحظ تعارض كلي حفظ النفس مع كلي حفظ الدين فرجح كلي حفظ النفس.

ويعتبر مقصد التعاون على البر وفق المنهج الظاهري، تأسيساً للمصلحة العامة التي تعود على جميع أفرادها، أو للمصلحة الخاصة التي تنعكس على فرد واحد اقتضى تحصيله للمصلحة مساعدة الغير. كما يعتبر مقصد دفع الإثم والعدوان وفق المنهج الظاهري، تأسيساً لدفع المفسدة عن مجموع أفراد الأمة، أو عن آحاد أفرادها.

وطرق استثمار ابن حزم لهذا المقصد تعتمد بالدرجة الأولى على مفهومه للغة، من وجوب حمل اللفظ على عمومه وظاهره، ووجوب الأخذ بجميع معاني اللفظ وجوباً مستويًا، فلا يصار إلى أحد معانيه إلا بدليل شرعي.

ومنه تنتهي إلى أن اجتهادات ابن حزم المقاصدية، ليست اجتهادات محصورة في الكلمة مقيدة بحروفها، فتكون أحكامها أحكاماً عقيمة لا تتعدى حدود الآية، بل إن لابن حزم أدوات أو وسائل لتفسير النصوص واستخراج قواعدها، تجعلها طيبة لتشمل جميع الحوادث التي لم ينص عليها الشارع⁽¹⁾.

ولا يجب أن ينظر إلى الاجتهاد المقاصدي عند ابن حزم، على أنه اجتهاد مقعد ومنظر، كما هو الحال عند أئمة المقاصد كالغزالي والجويني والعز والشاطبي، بل هي اجتهادات متناثرة في المحلى، تنبئ عن حقيقة المذهب الظاهري في تعامله مع النص الشرعي وفق مقاصده التعبدية.

(1) - صورية عائشة باية بن حسين، مدى اعتبار مقاصد الشريعة عند ابن حزم الظاهري . www.feqhweb.com

أما على مستوى القوانين الوضعية؛ فإننا نجد أقرب العلوم القانونية إلى مقاصد الشريعة، علم فلسفة القانون نظرا لطبيعة موضوعاته، التي تركز على الاهتمام بدراسة الغايات والحكم التي تكمن وراء النظم القانونية، وتمثل عادة في حماية حقوق الانسان، وحفظ النظام العام، وتحقيق العدالة والصالح العام، والأمن القانوني.

فالمقصد الأساسي للقانون هو تحقيق المنفعة، وقد ظهر مذهب المنفعة في العصر الحديث على يد الفيلسوف الإنجليزي جيريمي بنتام، وهذا من خلال نظريته إلى الطابع النفعي للطبيعة الانسانية، وهو ما نص عليه في قوله: " فأهداف القانون تتمثل في أنه يجب أن يفي بالمتطلبات المادية للانسان، وتأمين سعادته المحسوسة. ويلاحظ أن مقصد تحقيق المنفعة عند بنتام، مبني على مفهوم اقتصادي، فجلب النفع ودفع الضرر يتمثل في حصول الأفراد على أشياء خارجية ملموسة، مثل: زيادة المرتبات، وحماية حقوق الأفراد المادية وممتلكاتهم. فالقانون لا يحكم تطوره، إلا مبدأ المنفعة، وهو المبدأ الذي يحكم القاعدة القانونية من نشأتها إلى زوالها⁽¹⁾.

في حين نجد أن الفيلسوف روسكو باوند - مؤسس البعد الغائي للقانون من خلال فكرة مراعاة المصلحة الاجتماعية- التي يعدها أساسا للقانون، قد عرف المصلحة بقوله: "المطالب أو الرغبة الخاصة بالكائنات البشرية، التي تسعى هذه الكائنات فرادى وجماعات إلى تحقيقها"⁽²⁾. ويلاحظ من التعريف أنه قسم المصالح إلى ثلاثة أقسام: مصالح فردية، ومصالح عامة ومصالح اجتماعية.

أ- **المصالح الفردية:** وهي المطالب والرغبات المتصلة بحياة الأفراد، وهي تتضمن المصالح الآتية: مصالح شخصية وهي تشمل على الوجود الشخصي -حرية الإرادة، حرية العقيدة، الحق في السمعة - . والمصلحة في العلاقات الأسرية وكذلك المصالح المتعلقة بالملكية وحرية الصناعة والتعاقد وحرية العمل وحرية التجمع.

(1) - فايز محمد حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، 112 و 113.

(2) - المصدر نفسه، ص 127.

ب- المصالح العامة: وهي **الطلبات والرغبات** التي تفترضها الحياة الاجتماعية في المجتمع السياسي، وهي تشمل مصالح الدولة بوصفها شخص معنوي، كمصلحة الدولة في سلامة أراضيها، ومصالحها في الدفاع عن كرامتها وسيادتها.

ج- المصالح الاجتماعية: وهي المطالب والرغبات التي تقتضيها الحياة الاجتماعية الحديثة، وهي تشمل المصلحة الاجتماعية في المحافظة على الأمن العام، والمصلحة الاجتماعية في المحافظة على أمن المؤسسات الاجتماعية كالمؤسسات الاقتصادية والسياسية. والمصلحة العامة في المحافظة على الأخلاق العامة، كمكافحة كل ما يخل بأخلاق المجتمع كالدعارة وشرب الخمر ولعب القمار⁽¹⁾.

فالمصلحة المستهدفة في القوانين الوضعية، مصلحة مادية نفعية خالصة، بعيدا عن مقتضى الأخلاق والدين، قابلة للتعديل والتغيير في الفلسفة الاجتماعية والأيدولوجية للمشرع الوضعي، مما يجعلها مقاصد نسبية غير مستمرة لابتنائها على اعتبارات متغيرة كطبيعة النظام السياسي، ومعطيات الواقع الاجتماعي⁽²⁾، فرغم إقرار فقهاء القانون بأولوية حفظ المبادئ الكلية التي تسعى إليها جميع التشريعات كت تحقيق العدالة، والحرية والمساواة، وحماية حرية العقيدة، وحفظ الأنفس من كل اعتداء مادي أو معنوي، وحفظ الأموال من كل ما يهدد استقرارها وثباتها، وحماية العرض بتجريم القذف، إلا أن الاختلاف مع الشريعة جوهري فحفظ المال في القانون لا يقتضي تجريم التعامل بالربا، بل يعد أهم طرق تنميته واستثماره، وحفظ الدين لا يقتضي تجريم الردة، وحفظ العرض لا يقتضي تجريم الزنا واللواط، وحفظ العقل لا يقتضي تجريم شرب الخمر. ذلك أنه في التشريعات القانونية لا يرد مصطلح الحرام. فمناطق التكاليف القانونية هو

(1) - المصدر السابق، ص 127 و 128.

(2) - عليان بوزيان، توظيف فلسفة المقاصد الشرعية في أسلمة المعرفة القانونية، المعهد العامي للفكر الإسلامي، مجلة إسلامية المعرفة، عدد 78، السنة 20، 2014 م، ص 15. فهمني إسلام جيوانتو، سمو المقاصد الشرعية بين الفلسفة النفعية والدور الرسالي ومقام العبودية، ضمن " مقاصد الشريعة ودورها في صياغة المستقبل " (رسالة دكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس)، تاريخ الولوج على الرابط 2017/12/9 م،

حماية المصالح الدنيوية فقط، خلافاً للشريعة التي تحمي المصالح الدنيوية والأخروية.

وبعد بيان موقف المالكية وابن حزم والقانون الوضعي من مقاصد الشريعة، نسير إلى بيان مقاصد الشريعة المالية عند التشريعات الثلاث.

المطلب الثاني: مقاصد التشريع الخاصة بالتصرفات المالية عند المالكية وابن حزم

والقانون الجزائري

مقاصد الشارع من وضع الشريعة ابتداءً، هو حفظ مصالح المخاطب بأحكام الشريعة "يا أيها الذين آمنوا"، بمقتضى التعبد الذي يقتضي الامتثال والانقياد لأمره ونهيهِ، وهو ما يعبر عنه بالمصالح المعتمدة شرعاً. وكذلك حفظ مصالح المخاطب بأحكام الديانة "يا أيها الناس" - وإن كانت في كليتها مصالح ملغاة - فإن الشارع منع من الاعتداء عليه، ورفع الظلم عنه في كليته "دينه ونفسه وعقله ونسله وماله"، فمناط الحفظ هو مطلق الآدمية فقط، وغيرها من الأوصاف لا تؤثر في الحكم. وهو متفق عليه في كليته بين المالكية وابن حزم والقانون الجزائري، وإن اختلفت المناهج في الرؤيا والطرح.

وأول من كتب في - حدود علمي - في مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، هو محمد الطاهر بن عاشور من المالكية - رحمه الله تعالى - الذي اعتمد على الرؤيا الازدواجية في التكييف المقاصدي لحفظ المال، باعتبار ملكيته الراجعة إلى الفرد أو إلى مجموع الأمة. والآيلة إلى حفظ المال في كليته بضابط هو دوران المال بين الناس، وهو المستفاد من قوله "إن المقصد الأهم هو حفظ مال الأمة وتوفيره لها. وأن مال الأمة كان كلاً مجموعياً، فحصول حفظه يكون بضبط أساليب إدارة عمومته، وبضبط أساليب حفظ أموال الأفراد وأساليب إدارتها، فإن حفظ المجموع يتوقف على حفظ جزئياته، وإن معظم قواعد التشريع المالي متعلقة بحفظ أموال الأفراد آيلة إلى حفظ مال الأمة، لأن منفعة المال الخاص عائدة إلى المنفعة العامة لثروة الأمة"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب بن الخوجة، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2004م، ج3 ص460.

ولقد حصر ابن عاشور المقصد الشرعي في الأموال في خمسة مقاصد: رواجها، وضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها⁽¹⁾.

والمقصود برواجها دورانها وتداولها بين أكبر فئة من الناس، بطريقة معتبرة شرعا. تحقيقا لمصلحة مجموعهم، فالرواج ضد الكساد و التداول ضد الكثر والاحتكار. لأن بتداول المال تتحقق عمليات التعمير ومتطلبات الإنجاز الحضاري، وبكثرة تتعطل فاعلية المال وأما الوضوح فشرعت له وسائل التوثيق من إشهاد وكتابة ورهن والبعد عن الغرر وعن أسباب الخصومة . وأما حفظها فهو من جهة الوجود بصيانتها وتنميتها، ومن جهة عدم المنع من الاعتداء عليها. وأما الثبات فهو امتلاك الأموال بوجه شرعي وصحيح، والتصرف فيما اكتسبه المختص للمال المستبد به، بصورة لا تضر بالغير، وأن لا يسلب مال بغير رضا صاحبه. وأما العدل فيها فلاستبعاد الظلم في كسبها وفي توزيعها.

والثبات والحفظ من وسائل العدل، لأن العدل من جهة الكسب ومن جهة الإنفاق ومن جهة التصرف. وكذلك فإن الحفظ أيضا مقصد أعلى لأنه ضروري و ما سماه بالثبات والوضوح من وسائله . كما أن ما سماه بالرواج قد يكون وسيلة من وسائل الحفظ، فالحفظ يكون من جهة الوجود بحسن التدبير والتشجير والادخار، ومن جهة عدم التبذير والإضاعة وتحريم الاعتداء عليه، غصباً وسرقة وغشاً وخذية⁽²⁾.

وقد حدد أحمد الريسوني قاعدة كلية جامعة لقواعد الأحكام الشرعية المتعلقة بالأموال، وهي: " التصرف في الأموال منوط بالحق والنفع " وفسرها بقوله: " فجميع التصرفات المالية، يجب أن تكون بالحق والعدل وأن تكون في نفع ومصلحة...ومرجع التحريم في الأموال والتصرفات المالية إلى أمرين وهما:

(1) -المصدر السابق، ج3 ص 470.

(2) - عبد الله بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، ط3، بريطانيا: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2013م. ص 72. ومحمد عبد الرحمن الحفظاوي، التطبيق المقاصدي في فقه الأموال من خلال كتاب المعيار الجديد للوزاني، ط1، المملكة المغربية: الرابطة المحمدية مركز الدراسات والأبحاث، 2014م، ص 125 وما بعدها.

- تحريم كسب الأموال وتناولها وتداولها بالباطل، أي بغير وجه حق واستحقاق.

- تحريم صرفها واستعمالها واستهلاكها فيما لا نفع فيه ولا طائل تحته ن أو فيما فيه ضرر أو فساد⁽¹⁾.

فإذا ما صرنا إلى ابن حزم ومنهجه التعبدية، فقد تبين لي - بعد استقرائي لمسائل المعاملات المالية عنده- أنه يتفق مع المالكية في تقريرهم أن المعاملات المالية تقوم على أربعة قواعد كما أشار إلى ذلك ابن العربي وهي: " قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (البقرة: 188) وقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (البقرة: 275) وأحاديث الغرر، والأصل الرابع اعتبار المقاصد والمصالح⁽²⁾ وفي ذات السياق يقول ابن حزم: " وفرض على كل مسلم حفظ مال أخيه إذا وجدته، ولا يجلب له أخذ ماله بغير طيب نفسه"⁽³⁾.

غير أن مسالك الكشف عن مقصد حفظ المال عند ابن حزم تعبدية، ويقوم بتعديده الحكم إلى غيره عن طريق الاسم الأعم. ومجمل اجتهادات ابن حزم في حفظ المال، تركز على القواعد الثلاث: إبعاد الضرر عن الأموال - منع أكل الأموال بالباطل - منع إضاعة المال.

أ- إبعاد الضرر عن الأموال:

ذهب ابن حزم إلى وجوب منع الضرر بنوعيه، على المال وصاحبه، وذلك برفع المنع عن التصرف الاختياري في ماله، وهو المستفاد من قوله: " ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه"⁽⁴⁾ وقال أيضا: " بل الضرر كله هو المنع من تصرف المرء في طلب

(1) - أحمد الريسوني، الكليات الأساسية للشريعة الإسلامية، الرباط: طوب بريس، 2007م، ص 96-97.

(2) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1 ص 137.

(3) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 41.

(4) - المصدر نفسه، ج 7 ص 85.

حقوقه، بغير قرآن أوجب ذلك ولا سنة⁽¹⁾.

وبرفع كل ضرر يمنع من نمو المال وزيادته، ومن أبدع اجتهادات ابن حزم في حفظ المال، إلزامه للمتبايعين حفظ صغار الحيوان حتى يكتمل نموها واستغنائها عن أمهاتها، لتصير بذاتها مالا مضافا وهو المنصوص في قوله: " وجائز بيع الصغار من جميع الحيوان حين تولد، ويجبر كلاهما على تركها مع الأمهات إلى أن يعيش دونها عيشا لا ضرر فيه عليها، وكذلك يجوز بيع البيض المحضونة، ويجبر كلاهما على تركها إلى أن تخرج وتستغني عن الأمهات... وأما ترك كل ذلك إلى أن يستغني عن الأمهات فلقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا نَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2) والنهي عن إضاعة المال⁽²⁾.

ب- منع أكل الأموال بالباطل:

من القواعد الكلية الثابتة عند ابن حزم: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه⁽³⁾"، فجميع إلزامات المكلف المالية وردت بصريح اللفظ، فلا يلزم بأي تكليف يوجب أخذ ماله، أو نقل ملكيته، أو التصرف فيها ما لم يوجبه عليه الشارع. وهو المنصوص عليه في قوله: " ولا يجل من أموال الناس قليل ولا كثير إلا بحق"⁽⁴⁾ وقال أيضا: " والصحيح أن أموال الناس محظورة فلا يجوز إلزامهم غرامة بغير نص ولا إجماع"⁽⁵⁾. وبتظافر هذه القواعد منع ابن حزم من الزيادة في وعاء الزكاة، واقتصر على محل وروده فقط، قال -رحمه الله تعالى -: " قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ (البقرة: 43) و: ﴿حُدِّمْنَ أَمْوَالَهُمْ صَدَقَةً﴾ (التوبة: 103) وقال ﷺ في حجة الوداع بعد نزول هاتين الآيتين: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه." فكان قوله ﷺ ضابطا لثلا يضاف إلى أموال الزكاة غير

(1)-المصدر السابق، ج 7 ص 94.

(2)-المصدر نفسه، ج 3 ص 388.

(3)-صحيح مسلم، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وماله وعرضه، ج 4 ص 1986.

(4)-ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 61

(5)-المصدر نفسه، ج 5 ص 266.

ما نص عليه بعينه وباسمه "(1)".

ج- منع إضاعة المال:

من القواعد الثابتة والمقررة منع إضاعة المال في كليته، وهو ما عبر عنه ابن حزم بقوله: "فإن قالوا: أموال الناس محرمة؟ قلنا: وإضاعتها محرمة ولا فرق" (2) وقال أيضا: "نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال؛ فحفظ مال المسلم والذمي واجب وبر وتقوى، وإضاعته إثم وعدوان وحرام" (3). ومن بين اجتهاداته رحمه الله تعالى المبنية على هذه القاعدة قوله: " فلا يحل لأحد ذبح حصة شريكه بغير إذنه إلا أن يرى به موت فيبادر بذبحه، لأن تركه ميتة إضاعة للمال، وقد نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال" (4).

أما القانون الجزائري، فنجدته يتفق مع ابن حزم والمالكية في وجوب الحفاظ على المال من جانب الوجود والعدم، ولذلك جرم الاعتداء على الأموال، ونظم حركة تداولها بين أفراد المجتمع، بما يعكس على ازدهار الاقتصاد الوطني، وإن كان مفهوم المال يختلف بينهما في عدم اعتباره للضابط الشرعي، كما أن سبل استثمارها وتنميتها لا تحاشي التعامل بالربا، فمفهوم المصلحة يختلف بين الشريعة والقانون الوضعي كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

المطلب الثالث: مقاصد الإلزام في التصرفات المالية عند ابن حزم والمالكية والقانون

الجزائري.

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري على أن الإلزام هو: " الحمل على أداء واجب بالفعل أو بالترك، اختيارا أو جبرا تعلق في ذمة المكلف، بنص شرعي أو من ذي سلطة شرعية". فمقصد الإلزام في التصرفات المالية راجع عند التحقيق إلى مقصدين، وهما: مقصد التعبد في

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 7 ص 141.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 115.

(3)- المصدر نفسه، ج 6 ص 94.

(4)- المصدر نفسه، ج 6 ص 424.

الامتثال والانقياد الاختياري، لأوامره ذات الطبيعة المالية كالزكاة والنفقة والديات. ومقصد الحفظ والعدل في الأموال في التنفيذ الجبري.

الفرع الأول: مقصد التعبد في الإلزام بالتصرفات المالية.

لا نقصد بمصطلح التعبد خلو حكم الإلزام من المقاصد والحكم التي وضعها الشارع، وإنما نعني به الامتثال والانقياد الاختياري لأوامره ونواهييه. فالتزام المكلف بمحض إرادته طوعية واختيارا لما أُلزم به إنما هو بمقتضى عبوديته لله عز وجل⁽¹⁾. فالإلزام بإخراج الزكاة وتقديمها لمستحقيها، والإلزام بالنفقة على من خصهم الشرع بها، والإلزام بدفع الديات إلى أهلها، تقتضي من المكلف تطبيق الأحكام في كفيته وفي مقاديرها. وهو المستفاد من قول ابن حزم: "وإنما يلزم فيها الانقياد فقط وقبولها على ظاهرها"⁽²⁾، أما الشاطبي فقد عبر عنها بقوله: "وإنما فهمنا من حكمة التعبد العامة؛ الانقياد لأوامر الله تعالى، وإفراده بالخضوع، والتعظيم لجلاله والتوجه إليه"⁽³⁾، أما التشريع الجزائي فيفتقر إلى هذا المعنى، لخلو القانون من النظام العقائدي.

الفرع الثاني: مقصد الحفظ والعدل في الإلزام بالتصرفات المالية.

يعتبر الإلزام بالتنفيذ الجبري للملزم بما علق في ذمته من حقوق وواجبات، وسيلة لتحقيق مقاصد وغايات نبه الشارع عليها، من ذلك:

حفظ نظام الأمة ولا يكون إلا بحفظ نظام مجموع أفرادها، بمنع أكل أموال الناس بالباطل وفض النزاعات والخصومات بينهم؛ بإيصال الحقوق إلى أهلها وتمكينهم من الاستيلاء عليها، ولا يتحقق هذا إلا بتمكين وتفعيل وظيفة الحاكم، وذلك بمنحه سلطة الإلزام وحمل الممتنع قهرا وجبرا على أداء واجباته والإقلاع عن محرماته. وفي هذا حفظ للكليات الخمس التي هي مقصد

(1) - محمد مصطفى، فلسفة الفقه دراسة في الأسس المنهجية في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، مكتبة: مؤمن قريش،

2008م، ص 152 وما بعدها .

(2) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 8 ص 113.

(3) - الشاطبي، الموافقات، ج2 ص 514.

الشارع من التشريع⁽¹⁾. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية، وفي ذلك يقول ابن حزم: " وإعطاء الناس حقوقهم مما عندك ليس جودا ولكنه حق"⁽²⁾. وقوله أيضا: " ومن أبر البر إيفاء ذي الحق حقه، ومن الإثم والعدوان منع ذي الحق حقه"⁽³⁾، وفي ذات السياق يقول المازري المالكي: " قد قررنا أن القاضي إذا رُفِعَ إليه مَنْ عليه دين كان عليه أن يَمَكِّنَ غرماءه من استيفاء حقوقهم ... وإن امتنع من ذلك باع عليه ما ذكرناه، وكشف عنه"⁽⁴⁾ ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في وجوب رفع الظلم عن أصحاب الحقوق، وتمكينهم من حقهم المخول لهم شرعا وقانونا، فالدعوى وما ينشأ عنها من محاصمة ومدافعة ومرافعة لا تنتهي بإصدار الحكم، بل لا بد من تنفيذه عمليا حتى يتحقق العدل والأمن والاستقرار في المجتمع.

(1)-راجع: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ج2 ص122. وعبد الله بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، ص 71 وما بعدها.

(2)-ابن حزم، الأخلاق والسير في مداواة النفوس، ص 32.

(3)-ابن حزم، المحلى، ج9 ص 263.

(4)-محمد بن علي المازري المالكي، شرح التلقين، ت: محمد المختار السلامي، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008م، ج3 ص 379.

المبحث الرابع: إجراءات إلزام الممتنعين عن أداء الحقوق عند ابن حزم والمالكية

والقانون الجزائري

يتفق ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري في كليتهم، حول وجوب تنفيذ الإلزام وحمل الممتنع على أداء ما علق في ذمته من حقوق، مع اختلافهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم، وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: مصادر الإلزام في التصرفات المالية

يقصد بمصادر الإلزام، المصادر التي يستند إليها الإلزام في إثبات شرعيته، خاصة وأن الأصل براءة الذمة من أي تكليف أو إلزام. ويتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في كليتهم، على تحديد مصادر الإلزام في: النص الشرعي، والإقرار، والعرف، والإكراه الشرعي.

الفرع الأول: النص الشرعي

وهو خطاب الشارع بلزوم الفعل أو الترك، لزوما مستويا لجميع المخاطبين بأحكام الشريعة، وهو ما عبر عنه ابن حزم بقوله: " وضح أنه لا لازم إلا ما ألزمتنا الله تعالى"⁽¹⁾. وقال أيضا: " والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمتنا إياه نص أو إجماع"⁽²⁾ فالإلزام عند ابن حزم يقف عند حدود(النص = الكتاب والسنة) وإجماع الصحابة فقط، بمقتضى منهجه الظاهري. وأما المالكية فالإلزام يشمل النص ومقصد النص من الخطاب الشرعي، وفي ذلك يقول الشاطبي: " من شرط تعلق الخطاب بإمكان فهمه لأنه إلزام يقتضي التزاما، وفاقده العقل لا يمكن إلزامه"⁽³⁾، ومن هنا نفهم توقف ابن حزم في عدم إلزام المكلف بزكاة عروض التجارة، في حين أوجبها المالكية عن طريق التعليل المصلحي للخطاب الشرعي⁽⁴⁾. أما المشرع

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 135.

(2)- المصدر نفسه، ج 5 ص 44.

(3)- الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 442.

(4)- تراجع هذه المسألة في المبحث الأول من الفصل الثاني .

الجزائري؛ فالنص التشريعي عنده يتمثل في القانون المكتوب، الصادر عن السلطة المختصة بإصداره في الدولة، والتي لها حق الإلزام.

والتشريع بهذا المفهوم يقصد به أنواعا ثلاثة على درجات متفاوتة، أعلاها الدستور وهو التشريع الأساسي للدولة، ثم التشريع العادي ويقصد به القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية. ثم التشريع الفرعي أي المراسيم والقرارات واللوائح، التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على قوانين تخولها حق إصدارها.

الفرع الثاني: الإقرار

يعتبر إقرار المكلف الاختياري بما ثبت للغير من حقوق شرعية مالية في ذمته، مصدرا من مصادر الإلزام، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " من أقر لآخر، أو لله تعالى بحق في مال، ... وكان المقر عاقلا بالغاً غير مكره - وأقر إقراراً تاماً، ولم يصله بما يفسده فقد لزمه، ولا رجوع له بعد ذلك، فإن رجع لم ينتفع برجوعه وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم، أو حد، أو مال" ⁽¹⁾. والملاحظ هنا أن ابن حزم لم يفرق بين حق الله تعالى وحق العبد في لزوم الإقرار وعدم الرجوع فيه، كما أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعدى أثره لقصور ولاية المقر على غيره، وهو المستفاد من قول ابن حزم: " ولا يجوز التوكيل على الإقرار والإنكار أصلاً، ولا يقبل إنكار أحد عن أحد، ولا إقرار أحد على أحد، ولا بد من قيام البينة عند الحاكم على إقرار المقر نفسه أو إنكاره" ⁽²⁾. ويتفق المالكية مع ابن حزم في لزوم الإقرار المقر فقط وهو المنصوص عليه في قول ابن جزري: " ومن أقر على نفسه وعلى غيره لزمه الإقرار على نفسه ولم يلزمه إقرار على غيره" ⁽³⁾ ويختلفون معه في التفريق بين حق العبد وحق الله عز وجل في الرجوع عن الإقرار، وهو المستفاد من قول ابن بزيمة المالكي: " الحقوق على قسمين: حق الله

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 100.

(2) - المصدر نفسه، ج 8 ص 433.

(3) - ابن جزري، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ت: محمد بن سيدي محمد مولاي، دون ذكر أي معلومة تخص النشر، ص 207.

سبحانه، وحق آدمي، فحق الآدمي يلزم بالإقرار، ولا يجوز الرجوع عنه لما له في ذلك من الحق، ويجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق الله سبحانه لتعالیه عن الأغراض"⁽¹⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في حجية الإقرار وهو ما نص عليه في المادة 342 من القانون المدني: "الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة."

الفرع الثالث: العرف

العرف هو ما كان شائعا ومستقرا بين الناس، وجرى عليه التعامل فيما بينهم. من أقوال وأفعال في عقودهم ومعاملاتهم والتزاماتهم وسائر تصرفاتهم، ووفق المنهج الظاهري، فإن العرف ليست له أي مصداقية شرعية، إلا ما استثناه الشرع ونص عليه أنه عرف، وهو المستفاد من قول ابن حزم: "ولا عرف إلا ما بين الله تعالى نصا أنه عرف، وأما عرف الناس فيما بينهم فلا حكم له ولا معنى"⁽²⁾، فتكييف ابن حزم لتصرفات الجماعة في سننها لعادات وتقاليد ينضبط بها المجتمع، كان بحسب تقسيمات الشرع، فإن كانت أفعالهم لا تخرج عن حكم المباح فلها حكمه، من ذلك قوله في قضاء الدين: "فإن تطوع عند قضاء ما عليه بأن يعطي أكثر مما أخذ، أو أقل مما أخذ، أو أجود مما أخذ، أو أدنى مما أخذ، فكل ذلك حسن مستحب. ومعطي أكثر مما اقترض وأجود مما اقترض مأجور. والذي يقبل أدنى مما أعطى، أو أقل مما أعطى مأجور. وسواء كان ذلك عادة أو لم يكن، ما لم يكن عن شرط"⁽³⁾. أما إذا اكتست تصرفات الجماعة الإلزام بالفعل أو الترك فلا اعتبار لها إلا بنص الشارع عليها، من ذلك إلزامه لصدقات المثل بحسب الأعراف والعادات للتي لم يسمى لها صدقا، وهو المستفاد من قوله: "وأما القضاء عليه وعليها بمهر مثلها، فإنه قد أوجب الله عز وجل لها الصداق، ولا بد من أن يقضى لها به إذا

(1) - ابن بزيمة المالكي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ت: عبد اللطيف زكاغ، ط1، دار ابن حزم: 2010م،

ج2 ص 1177.

(2) - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج7 ص 86.

(3) - ابن حزم المحلى، ج 6 ص 348.

طلبته. ولا يجوز أن يلزم ما طلبته هي، إذ قد تطلب منه ما ليس في وسعه. وكذلك لا يجوز أن تلزم هي ما أعطائها، إذ قد يعطيها فلسا، ولم يأت نص بإلزامها ذلك، ولا بإلزامه ما طلبت، فإذا قد بطل هذان الوجهان فلم يبق إلا صداق مثلها، فهو الذي يقضى لها به⁽¹⁾. والأساس الشرعي الذي انطلق منه ابن حزم في تكييفه للعرف، هو أن تشريع الأحكام مقتصر على الشارع الذي حوى شرعه جميع أفعال المكلفين، كما أن الأصل في الذمة البراءة من كل التزام وإلزام، فلا إلزام إلا بنص.

أما الملكية فالعرف عندهم معتبر؛ فهو كالمصرح به المنصوص عليه من حيث اعتباره وبناء الأحكام الشرعية عليه. وهو المستفاد من قول القرافي: "والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس... فهذه العادة يقضى بها عندنا"⁽²⁾. والعرف يجري على الأقوال والأفعال، فالعرف القولي: "هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية." أما العرف العملي فهو: "ما اعتاده الناس من معاملات يراد بها إنشاء حقوق أو إسقاطها أو استيفائها، فهذه العادات تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها"⁽³⁾. لتنشئ التزاما وإلزاما وفي ذلك يقول القرافي: "فكل ما دلت العادة عليه فهو كالمصرح به"⁽⁴⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع الملكية، في اعتباره العرف من مصادره التشريعية الاحتياطية، وهو ما نص عليه صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف." وتتضح قاعدة العرف في القواعد المكملّة التي غالبا ما تنتهي بالعبرة التالية

(1)-المصدر السابق، ج 9 ص 50، 51

(2)-القرافي، الذخيرة، ج 1 ص 151.

(3)-أحمد الريسوني وآخرون، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، منظمة التعاون الإسلامي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج 8 ص 195-196.

(4)-القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 457.

" ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك " كما جاء مثلا في المادتين 387، و388 من القانون المدني، وقد يكون للعرف دور في تحديد مضمون النصّ التشريعي، ومن أمثلته القاعدة التي تقرّر " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " (م 107 من القانون المدني)، ونفس الحكم بالنسبة للعيوب التي تتضمنها العين المؤجرة، ومسؤولية البائع عن التقص في مقدار المبيع الذي يتحدد بحسب ما يقضي به العرف (المادة 365 فقرة 1 من القانون المدني).

الفرع الرابع: الإكراه الشرعي

الإكراه الشرعي أو الإكراه بحق، وهو مشروعية إجبار الممتنع عن أداء واجب ترتب في ذمته وإلزامه بتنفيذه من سلطة شرعية، كإكراه المدين على إيفاء حق الدائنين، وفي ذلك يقول ابن حزم: " أو قضاء الحاكم بماله للغرماء فيما لزمه من الحقوق"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الخطاب: " الجبر الشرعي كجبر القاضي المدين على بيع متاعه للغرماء، وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية"⁽²⁾، أما على مستوى التشريع الجزائري فالإكراه الشرعي يتم بواسطة السلطة العامة ممثلة في شخص المحضر القضائي المخول قانونا للقيام بذلك، وهذا تحت إشراف القضاء بناء على سند مستوفي الشروط يعطي له القانون صفة السند التنفيذي، ويهدف للحصول على الحق الثابت فيه من المدين رغما عنه عن طريق القوة، بعد رفضه التنفيذ الاختياري حسب المادة 164 من القانون المدني⁽³⁾.

و بعد بيان مصادر إلزام المخاطبين بالمعاملات المالية نسير إلي بيان أقسام الإلزام.

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 64.

(2)- الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، ج 4 ص 252.

(3)- نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ط 1، الجزائر: جسور للنشر والتوزيع، 2014م، ص 18.

المطلب الثاني: أقسام الإلزام في التصرفات المالية.

يفترض حين حمل الملزم على تنفيذ التزامه، أن يقوم بتنفيذه بمحض إرادته، وهو ما يسمى بالتنفيذ الاختياري، أو يجبر على تنفيذه عنوة وقهرا من السلطة الشرعية، ويطلق عليه التنفيذ الجبري. وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: التنفيذ الاختياري أو الرضائي

يتفق كل من ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على أن التنفيذ الاختياري هو: ما يقوم به المدين بمحض إرادته واختياره، وبدون تدخل من السلطة العامة لإجباره عليه. حتى لو كان الباعث إلى التنفيذ هو الخوف من الدائن أو من السلطة القضائية. - ويطلق بعض شراح القانون مصطلح الوفاء على التنفيذ الاختياري وهو إطلاق مع الفارق، فمجرد استعانة الدائن بالقائم بالتنفيذ بغية استعادة حقه الثابت يعد ذلك تنفيذا، ولو استجاب المدين مباشرة بعد إعداره لأول مرة⁽¹⁾ - بحيث يقوم المدين بما عليه من الالتزام فيودعه لدى المحكمة أو يقدمه مباشرة إلى الدائن، وعادة ما يتم ذلك عن طريق ما يعرف بالعرض بالوفاء، وفق ما جاء في المواد 584⁽²⁾ و 585⁽³⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفيه يقوم المدين بتبليغ الدائن عن طريق المحضر القضائي. محضر يسمى محضر العرض. يكون الغرض منه عرض الوفاء على الدائن.

و يختلف الحكم باختلاف طبيعة المعروض، فإن كان نقودا ورفضها الدائن، قام المحضر بإيداعها في حسابه ويبلغ الدائن بهذا الإيداع، وأما إذا كانت غير النقود فإنه يصح من المدين عند رفض عرضه، أن يطلب من رئيس المحكمة بإيداعه في مكان بعينه إذا كان قابلا للنقل، فيطلب المدين وضعه تحت الحراسة.

(1) - عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ، ص 9.

(2) - المادة 584: " يقدم عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار للدائن ويبلغ رسميا وفقا لأحكام هذا القانون . "

(3) - المادة 585: " إذا رفض الدائن العرض، جاز للمدين إيداع المبلغ أو الشيء المعروض بمكتب المحضر القضائي، وعند الاقتضاء بأمانة ضبط المحكمة . "

و على العموم فإنه في حالة قبول الدائن عرض المدين فإنه تبرأ ذمته ولا يسترد من عرضه شيئاً، أما إذا رفض الدائن عرض المدين، فإنه يمكن لهذا الأخير بعد إخطار الدائن وانقضاء أجل السنة من تاريخ الإيداع أن يسترد ما عرضه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري

يقصد به تمكين الدائن من الحصول على (عين أو ذات الأداء) الذي التزم به المدين، لأنه حق للدائن والمدين على حد سواء، فلا يمكن لأحد المتعاقدين أن يجحد عنه بمفرده، لأن التنفيذ بطريق التعويض، يعتبر صورة احتياطية للتنفيذ لا يجوز اللجوء إليها، إلا حين يتعذر التنفيذ الحقيقي للالتزام، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: "ولا يجوز أن يجبر صاحب المال على أخذ غير عين ماله، ما دام عين ماله ممكناً، لأن كل ذي حق أولى بحقه"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول الخرشي: "إذا كان المثلي المغضوب موجوداً وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله فلربه أخذه"⁽³⁾.

و التنفيذ الجبري هو الذي يتم بواسطة السلطة العامة ممثلة في شخص المحضر القضائي، المخول قانوناً للقيام بذلك، وهذا تحت إشراف القضاء بناءً على سند مستوفي الشروط، يعطي له القانون صفة السند التنفيذي ويهدف للحصول على الحق الثابت فيه من المدين رغماً عنه، عن طريق القوة بعد رفضه التنفيذ الاختياري حسب المادة 164 من القانون المدني، إلا أن هذا التنفيذ لا يرد على الالتزامات بالامتناع عن القيام بالعمل، لأن هذا الالتزام لا يتمشى والطبيعة الجبرية⁽⁴⁾.

ويستوفي التنفيذ الجبري خاصيته في الإلزام القهري بالنظر إلى المنفذ له من كونه فرداً أو

(1)-راجع نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 17-18. وعبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ، ص 129-130.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 3 ص 395.

(3)-الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 6 ص 133.

(4)-نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 18. وأحمد علي يوسف جرادات، نظرية تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه

الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، الأردن: دار النفائس، 2006م، ص 250.

جماعة، وأيضاً من حيث موضوع التنفيذ.

أولاً: من حيث المنفذ له

أ- التنفيذ الفردي: ويكون الهدف منه تحصيل الحق من المدين عن طريق الاقتطاع الجزئي من أمواله النقدية، أو تحويل ماله إلى نقود لاستيفاء حق الدائن منها بصفته صاحب السند التنفيذي، وهي الصورة الشائعة في مجال التنفيذ والأكثر شيوعاً في التعاملات اليومية، ولذلك كان المجال الأكثر تنظيمًا في قانون الإجراءات المدنية.

ب- التنفيذ الجماعي: والهدف منه استحقاق جماعة الدائنين لكل أموال المدين، وهي حالة في الغالب ترتبط بالإعسار والإفلاس، وتنتهي بتصفية ذمة المدين، وفي ذلك يقول ابن حزم: "ومن ثبت للناس عليه حقوق من مال أو مما يوجب غرم مال بينة عدل، أو بإقرار منه صحيح: بيع عليه كل ما يوجد له، وأنصف الغرماء"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول ابن رشد: "بيع الحاكم ماله عليه، فينصف منه غرماء"⁽²⁾. وقد نظم المشرع الجزائري حالة التنفيذ الجماعي في القانون التجاري فيما يخص أحكام التفليس.

ثانياً: من حيث موضوع التنفيذ

التكييف القانوني للتنفيذ الجبري من حيث موضوع التنفيذ، يخضع لمعيارين وهما: طبيعة الالتزام، وطبيعة موضوع التنفيذ في حد ذاته، وبالتالي فإنه ينقسم إلى قسمين:

أ- التنفيذ العيني أو التنفيذ المباشر

بحيث يتحصل الدائن على عين الالتزام، الذي كان على المدين في حال امتناعه عن التنفيذ الاختياري، عن طريق استصدار أمر بالحجز لتلك العين، وفقاً للمادة 624 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا تتحقق المصادقية القانونية لهذا الإجراء إلا بتوفر شرطين

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 475.

(2)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 67.

أساسيين، وإلا أمتنع الإجراء في حقه.

1-عدم وجود المانع المادي: بحيث يصبح التنفيذ مستحيلا لهلاك العين، وهنا يتحول التزامه إلى التعويض إلا في حالة الهلاك لسبب أجنبي فينقضي معه الالتزام.

2-عدم وجود المانع الأدبي: بحيث يمنع المساس بحرية المدين الشخصية، أو إجباره عن طريق الحجز أو القيام بعمل إلا في حدود القانون، فلا يصح الالتزام للقيام بعمل غير مشروع.

ب- التنفيذ غير المباشر: ويكون في حالة خلو الذمة المالية للمدين من السيولة النقدية فقط، ولديه أموال في صور أخرى، فيتم الحجز عليها وبيعها في المزاد العلني، حتى يستوفي الدائن حقه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أطراف الإلزام

يفترض في الحق في الإلزام كغيره من الحقوق التعدد في أطرافه، والمقصود بأطراف الإلزام الجهات المعنية بهذه العملية، وهم: الملزم (طالب التنفيذ)، والملزم (المنفذ عليه) والقائم بالتنفيذ، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، مع اختلافهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

الفرع الأول: الملزم (طالب التنفيذ)

و هو من صدر الحكم لصالحه؛ وطلب بإلزام المحكوم عليه بأداء الحق المترتب في ذمته له. وطالب التنفيذ يمكن أن يتخذ أحد الصور التالية:

أ-المحكوم له أو المحكوم عليه كبادرة لإثبات حسن نيته، أو بغية تحقيق مصلحة من وراء التنفيذ، ليسترد حق التصرف في أمواله التي كانت محجوزة بمناسبة دعوى إثبات الدين. وقد يقوم الزوج في دعوى رجوع مرفوعة من طرف الزوجة، والذي حكمت المحكمة ضده بحكم يقضي بإرجاع الزوجة إلى البيت الزوجي، مع تخصيص منزل لها مستقل عن أهل الزوج، فيبادر

(1)-نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 19 وما بعدها .

بالتنفيذ كبادرة حسن نية في مواصلة الحياة الزوجية.

ب- الدائن أو المدين وذلك في حالة قضايا تنفيذ الأحكام التي ترمي إلى مخالصة دين، بغض النظر عن السند المعتمد عليه في ذلك، فلا شيء يمنع المدين الملمزم بموجب السند التنفيذي في المبادرة بعملية التنفيذ بإجراءات عرض الوفاء والإيداع حسب مقتضيات المادة 584 من قانون الإجراءات المدنية.

ج- كما يمكن أن يكون طالب التنفيذ الحاجز، إذا تمت عملية التنفيذ جبراً للوفاء بالتزام عيني عن طريق عملية حجز وهذا من أجل استيفاء الحق.

د- وصي أو ولي الشخص الدائن إذا كان قاصراً أو فاقداً للأهلية، كما يمكن أن يطلب التنفيذ ورثة الدائن أو الموصى له بجزء من التركة.

وحتى يكون التنفيذ صحيحاً وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية، ينبغي أن تتوافر في طالب التنفيذ الأهلية والصفة.

أولاً: الأهلية

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه. وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء⁽¹⁾.

أ- أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمان المبيع وعوض القرض، أي أن لهذه الأهلية عنصريين:

عنصر إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائناً، وهو عنصر الإلزام أو الدائنية.

¹ - عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2011م، ص 397 وما بعدها.

وعنصر سلمي: وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مديناً، وهو عنصر الالتزام أو المديونية.

ومناطق هذه الأهلية: هو الحياة أو الصفة الإنسانية، فكل إنسان حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب، والأهلية تبدأ في الفقه مع بدء الشخصية، فهي ملازمة للشخصية، وصفة من صفات الشخصية. والشخصية تبدأ منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر بداية الأهلية بتمام ولادة الإنسان حياً، وتنتهي بموته المادة 25 (معدلة) من القانون المدني⁽¹⁾.

ب- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعاً، وهي ترادف المسؤولية، ومناطق هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك.

أهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره، كالصبي المميز المأذون له بالتجارة.

وأهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره. وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلاً أي للبالغ الرشيد، فله بموجبه ممارسة كل العقود، من غير توقف على إجازة أحد⁽²⁾.

فأهلية الأداء وصف مؤثر في الحكم بمباشرة الملزم إجراءات التنفيذ بنفسه، أما الجنون والعتة والصغر فهي أوصاف مانعة، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: "وأما من لم يبلغ، أو بلغ وهو لا يميز ولا يعقل أو ذهب تمييزه بعد أن بلغ مميزاً -: فهؤلاء غير مخاطبين ولا ينفذ

(1) - عدلت بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005م (ج ر 44ص20): "تبدأ شخصية الانسان بتمام

ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا ."

(2) - ابن قطلوبغا، خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار، ت: حافظ ثناء الله الزاهدي، ط1، دار ابن حزم، 2003م، ص

179 وما بعدها.

لهم أمر في شيء من ما لهم ... فإن كان المجنون يفيق تارة ويعقل، ويجن أخرى جاز فعله في الساعات التي يفيق فيها، وبطل فعله في الساعات التي يجن فيها ... لأنه مخاطب في ساعات عقله غير مخاطب في ساعات جنونه"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول القرافي: " وتبطل من المجنون والصبي الذي لا يميز، لأنهما مسلوبا العبارة وأهلية التصرف قياسا على البهائم، وتصح من السفية المبذر وكذلك الصبي المميز إذا عقل وجه الفرق"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 46 من القانون الجديد للتنفيذ، فلا يستساغ شخص فاقد لأهلية الأداء سواء لصغر سن أو لمرض عقلي، أن يطالب بالتنفيذ مادام غير مؤهل قانونا للتصرف، والمعيار هنا وقت التنفيذ وليس وقت استعادة الحق، فقد يكون طالب التنفيذ كامل الأهلية وقت صدور الحكم، ثم يصاب لاحقا بما يحول دون تمكنه من استعادة حقه بنفسه، فينوب عنه وليه أو من تعينه المحكمة كمساعد قضائي لإدارة أمواله"⁽³⁾.

ثانيا: الصفة والمصلحة

الصفة هي الشرط الذي يفيد تعلق الدعوى بشخص معين، ثبتت مصلحته فيها، وطالب التنفيذ إما أن يكون أصيلا عن نفسه أو نائبا عن غيره كأن يكون وليا أو وصيا، لأن مخاصمة هؤلاء تعود آثارها النهائية إلى الأصيل بإقرار الشارع. ويرى ابن حزم أن الولاية على طالب التنفيذ لصغر أو فقدان عقل أو غائب يضيع ماله بسبب غيابه، تتحقق لكل مسلم ثبتت له الكفاءة في المطالبة بحق هؤلاء، وما عدا هذه الفئة فلا تتحقق الولاية على كل مكلف مالك ملكية صحيحة لماله. وهو المنصوص عليه في قوله: " أن كل مسلم فهو ولي لكل مسلم، وأنه مأمور بالنظر له بالأحوط وبالقيام له بالقسط، وبالتعاون على البر والتقوى؛ فكل بر وتقوى أنفذه المسلم للصغير، والذي لا يعقل فهو نافذ بنص القرآن، ولم يأت قط نص بإفراد الوصي بذلك ورد ما سواه. فإن قيل: فأجيزوا هذا في الصغير الذي له أب؟ قلنا: نعم، هكذا نقول،

(1)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص199.

(2)- القرافي، الذخيرة، ج7 ص10.

(3)- عبد الرحمن بربرة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري، ص26.

ولو أن أباه يسيء له النظر لمنع من ذلك. فإن قالوا: فأجيزوا هذا من المسلمين بعضهم على بعض بهذا الدليل نفسه؟ قلنا: منعنا من ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ (الأنعام: 164) فالمخاطب المكلف المتملك ماله لا يجوز لأحد أن يكسب عليه غيره، وأما من ليس مخاطبا ولا مكلفا ولا مملكا ماله فلا شك في أن غيره هو المأمور بإصلاح ماله، فمن سارع إلى ما أمر به من ذلك فهو حقه، وكذلك الغائب الذي يضيع ماله، فكل من سبق إلى حسن النظر فيه نفذ ذلك، إلا فيما يمنع منه إذا قدم وكان لا ضرر في ترك إنفاذه فهذا ليس لأحد إنفاذه عليه⁽¹⁾. وفي ذات السياق ذهب المالكية أن الصفة تتحقق لكل مكلف في المطالبة برفع ضرر أحدثه شخص معين في مكان عام يخص جميع المسلمين، فله مخاصمته والادعاء عليه ومطالبته برفع الضرر والأذى.

أما المشرع الجزائري فقد اشترط أن تكون الصفة والمصلحة شخصية ومباشرة أثناء إجراءات التنفيذ، وهو المنصوص عليه في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى إليه." ويلاحظ أن مسألة مراقبة توفر الصفة والمصلحة حسب هذه المادة، من صلاحيات القاضي إلا أنه في مسائل التنفيذ يمكن للمحضر القضائي مراقبة توفر هذا الشرط، فإذا انعدم فله رفض عملية إجراء التنفيذ، فإن وقع إصرار من طالب التنفيذ فالقاضي يبت في هذا الخلاف⁽²⁾.

فمبنى الخلاف بين ابن حزم والمالكية من جهة والقانون الجزائري من جهة ثانية، هو أن جلب المصلحة ودفع المفسدة، يتحقق لطالب التنفيذ وفق آلية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، خلافا للقانون الجزائري.

(1) - ابن حزم، المحلى ج 7 ص 200

(2) - نسيم بخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 63. العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، طرق التنفيذ - موسوعة الفكر القانوني - الجزائر: دار الهدى، 2007م، ص 26.

الفرع الثاني: الملزم (المنفذ عليه)

وهو كل من لزمه حق إما بإلزام الشرع له، أو بإقراره إن كان يصح إقراره، أو بإلزام العرف، وإما بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع وبعد الإعذار إليه قبل الحكم، وإما بالشهادة عليه ويمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو على غائب⁽¹⁾، ويمكن أن يتخذ الملزم عدة صفات بحسب وضعه القانوني وهي كالتالي:

أ- قد يكون المدين الذي على عاتقه الدين، أو الالتزام العيني أو الالتزام بالقيام بعمل لا يقوم به أحد غيره، وهو الأصل أو القاعدة العامة في إجراء التنفيذ.

ب- ويمكن أن يكون المنفذ عليه هو الكفيل الشخصي، الذي قام بوضع ذمته المالية كاملة كضمان للوفاء بدين المدين الأصلي، وبحلول الأجل وامتناع المدين المكفول عن الوفاء فإن إجراءات التنفيذ يباشرها الدائن ضد شخص الكفيل، بعد اتباع إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين الأصلي أولاً، وإلا حق للكفيل الشخصي أن يدفع بحق التجريد إذا بوشرت عليه إجراءات التنفيذ عليه قبل التنفيذ على المدين.

ج- ويمكن أن يكون الكفيل العيني الذي قام برهن ملكيته العقارية لضمان الوفاء بدين المدين، وبعد حلول الأجل وعدم الوفاء من طرف هذا الأخير، يقوم الدائن بإجراءات التنفيذ ضد الكفيل العيني الذي ضمن الوفاء بتأمين عيني.

د- كما يمكن أن يكون المسؤول المدني مثل الأب مع ابنه القاصر، وشركة التأمين مع المتهم المحكوم عليه في حادث مرور⁽²⁾.

و يشترط في الملزم الأهلية والصفة، وبيانها فيما يلي:

(1)- ابن فرحون، تبصرة الحكام في مناهج الأقضية وأصول الأحكام، ج 1 ص 96.

(2)- راجع نسيم يخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 65-66 وعبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ، ص 27.

أولاً: الأهلية

اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في اشتراط صفة الأهلية في الملزم (المنفذ عليه)، فذهب ابن حزم إلى أن عدم توفر الأهلية في الملزم، غير مانع من مطالبة التنفيذ برد ما أخذ بغير وجه حق، قال رحمه الله تعالى: " لا يحل لأحد مال مسلم، ولا مال ذمي، إلا بما أباح الله عز وجل على لسان رسوله ﷺ في القرآن، أو السنة نقل ماله إلى غيره، أو بالوجه الذي أوجب الله تعالى به أيضاً، وكذلك نقله عنه إلى غيره كالهبات الجائزة، والتجارة الجائزة، أو القضاء الواجب بالديات، والتفاس، وغير ذلك، مما هو منصوص. فمن أخذ شيئاً من مال غيره أو صار إليه بغير ما ذكرنا، فإن كان عامداً عالماً بالغاً مميزاً فهو عاص لله عز وجل، وإن كان غير عالم، أو غير عامد، أو غير مخاطب، فلا إثم عليه، إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه، أو في وجوب ضمان مثله إن كان ما صار إليه من مال غيره قد تلفت عينه أو لم يقدر عليه"⁽¹⁾.

أما المالكية؛ فقد فرقوا بين المدعي والمدعى عليه، فهم لا يشترطون في المدعي الرشد فتصح الدعوى من الصبي والسفيه، لكنهم اشترطوا الأهلية الكاملة في المدعى عليه، جاء في التبصرة: "وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره فلا تسمع على السفيه، ولا ينبغي للقاضي أن يسأله عن شيء مما يدعي به عليه، ولا يكلفه في ذلك إقراراً ولا إنكاراً، وذلك في مثل الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياح والسلف والإباحة"⁽²⁾.

أما القانون الجزائري؛ فقد منع من مباشرة التنفيذ ضد شخص قاصر أو فاقد الأهلية أو مجنون لانعدام أهلية التصرف لديه، والعبرة بذلك وقت التنفيذ وليس وقت ثبوت الحق. ومع ذلك فقد حمى المشرع طالب التنفيذ من ضياع حقه، بأن نظم مسألة التنفيذ في مواجهة القصر أو عديمي الأهلية أو المحجور عليهم، بحيث اشترط ضرورة توجيه الإجراءات ضد الولي، أو

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 429.

(2)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 153.

المقدم الذي يعمل على مراقبة عملية التنفيذ وإجراءاتها تحت طائلة مسؤوليته التقصيرية، إن لم يقدم العناية اللازمة لذلك، فيتحمل كل ضرر لحق القاصر أو المحجور عليه جراء تقصيره في حماية مصالحه، وإذا فقد المنفذ ضده أهليته أو زالت صفة نائبه، بعد بدء التنفيذ فإنه لا يحدث أي انقطاع للخصومة، وإنما يجب توجيه الإجراءات اللاحقة على تحقيق هذه الحالة إلى نائبه أو إلى المنفذ ضده نفسه إذا كانت قد اكتملت أهليته⁽¹⁾.

ثانيا: الصفة والمصلحة

لا تصح الدعوى في الفقه الإسلامي، إلا إذا أقيمت في وجه من يعتبره المشرع خصما، وفي ذلك يقول ابن حزم: "ولا يجوز أن يكلف أحد في خصومة إعطاء ضامن به لثلاث يهرب"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه ابن فرحون بقوله: "أن كل دعوة كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به عليه البينة، فإن الحكم حينئذ فيها بالإلزام هو الحكم بالموجب"⁽³⁾. وفي نفس السياق اعتبر المشرع الجزائري المنفذ عليه، الطرف الذي يجري التنفيذ ضده سواء كان المحكوم عليه أم كان الغير الضامن كما هو الشأن بالنسبة للكفيل عملا بالمادة 644 من القانون المدني⁽⁴⁾، وفي كل الأحوال يجب أن يذكر اسم المنفذ عليه في السند التنفيذي، كأن تقضي المحكمة بإلزام المتسبب في حادث جسماني متعلق بالمرور، بدفع تعويض للضحية تحت ضمان شركة التأمين.

الفرع الثالث: القائم بالتنفيذ

ينعقد الاختصاص بتنفيذ الأحكام القضائية عند ابن حزم لقاضي التنفيذ، وهو المستفاد

(1) -فتحى والي، التنفيذ الجزري، مصر، مؤسسة روزاليوت، 1981، ص 169. العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر،

طرق التنفيذ - موسوعة الفكر القانوني - الجزائر، دار الهدى، 2007، ص 26

(2) -ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 406.

(3) -ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 120.

(4) - المادة 644 من القانون المدني: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا

الالتزام، إذا لم يف به المدين نفسه ."

من قوله: "إنما القاضي منفذ بسلطانة على من امتنع فقط"⁽¹⁾. وهو مذهب المالكية، وفي ذلك يقول ابن فرحون: "تنفيذ الحكم وهو على قسمين. تنفيذ حكم نفسه، وتنفيذ حكم غيره"⁽²⁾. ويشترط في القاضي حتى ينعقد له الاختصاص بالتنفيذ، أن يكون قويا قادرا على التنفيذ بانتزاع الحق لأصحابه من ذوي النفوذ المالي والسياسي، أما القاضي الذي غلب عليه ضعفه فليس له سوى الإدلاء بالحكم فقط، ولا يكلف بتنفيذه لأنه متعذر عليه، وهو ما أشار إليه القرافي بقوله: "لا سيما الحاكم الذي لا قدرة له على التنفيذ كالحاكم الضعيف القدرة على الملوك الجبارة، بل ينشئ في نفسه الإلزام على ذلك الملك العظيم، ولا يخطر له السعي في تنفيذه، لتعذر ذلك عليه"⁽³⁾. فالقوة والقدرة وصف مؤثر في الحكم بالتنفيذ، ذلك أن المحكوم عليهم في أغلب أحوالهم يميلون إلى التسوية والمماطلة في إعطاء الحقوق لأصحابها، بالإضافة إلى ذلك فقد يكون المحكوم عليه ذا نفوذ وسلطان يمتنع به، لذلك كان من الضرورة بمكان من توافر شرط القوة والقدرة على التنفيذ في القاضي.

أما المشرع الجزائري؛ فقد أوكل مهمة تنفيذ الأحكام القضائية ابتداء إلى قاضي التنفيذ، الذي تسند له مهام التنفيذ والإشراف عليه، وتسيير الأعوان القائمين بالتبليغ والتنفيذ، فيقوم كاتب الضبط المنتدب لمصلحة التنفيذ بالتبليغات والتنفيذات، تحت سلطة وتوجيه ومراقبة من قاض شؤون التنفيذ، الذي يرجع إليه في كل الأمور المتعلقة بالتنفيذ إلى غاية إنجائه. ثم عدل المشرع الجزائري عن هذا النظام وأوكل مهمة تنفيذ الأحكام القضائية إلى المحضرين القضائيين رقم 01/03 الصادر في 08 جانفي 1991م، وتنص المادة 05 من القانون رقم 03-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن مهنة المحضر القضائي، : " المحضر ضابط عمومي يتولى تبليغ المحررات والإعلانات القضائية والإشعارات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات عندما لا

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 144.

(2)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 132.

(3)- القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، ط2، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1995، ص 105.

ينص القانون على خلاف ذلك، كما يقوم المحضر بتنفيذ الأحكام القضائية في كل المجالات ما عدا المجال الجزائي وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي، ويقوم المحضر بالإضافة إلى ذلك:

-بتحصيل كل ديون مستحقة وديا أو قضائيا، وفي الأمكنة التي لا يوجد فيها سلطات مؤهلة شرعا، يقوم بالتقييم والبيع العمومي للمنقولات والأموال المنقولة المادية.

-ويمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاینات مادية بحتة، أو إنذارات خالية من أي رأي بشأن العواقب المحتملة من الواقع أو من القانون⁽¹⁾.

ويعمار المحضر صلاحيته في اختصاص إقليمي محدد بالمجلس القضائي الذي به مكتبه طبقا للمادة 02 من نفس القانون بعدما كان في القانون 03/91 وطبقا للمادة 2 منه محدد باختصاص المحكمة المتواجد فيه مكتبه.

و المحضر القضائي في هذا لا يملك حق الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي مهما كان نوعه، إلا في حال تحقق الظرف المانع أو لعدم استكمال ملف التنفيذ أو لمخالفة القانون مثلا، وفي غير ذلك يحق لطالب التنفيذ التظلم لدى النيابة العامة، وكذا لدى الغرفة الجهوية فيما يخص الامتناع على أساس المسؤولية المهنية، كون أن الجهتين هما جهة رقابة على أعمال المحضر القضائي طبقا للمواد 46/44 من القانون 03/06⁽²⁾.

كما رتب المشرع الجزائري مسؤولية مدنية في حال التقصير أو الإهمال حيث ينجر عنها ضرر يلحق طالب التنفيذ كعدم القيام بالإجراء اللازم المنصوص عليه قانونا، أو عدم احترام آجال محددة في القانون، وترتب عن ذلك بطلان كل الإجراءات التالية عنه، مما يشكل خسارة في المال والوقت لطالب التنفيذ، أو كأن يستمر في التنفيذ مع وجود إشكال مطروح أمام

(1) -ج ر عدد 14 لسنة 2006م.

(2) -عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ، ص 24، 25. و محمود الأمير يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون المرافعات، 408 وما بعدها.

القاضي، أو إتمام عملية بيع المحجوزات بالرغم من وجود مبالغ كافية للوفاء. كما تترتب المسؤولية المدنية عن أعمال مساعديه، الذي يعطي له القانون الحق في الاستعانة بهم، فإن جميع ما يقومون به يعود عليه في المسؤولية المدنية.

وتلزم المحضر أيضا المتابعة الجزائية حين خرقه للنصوص القانونية أثناء تأديته لمهامه، فيمكن متابعته كأبي فرد من أفراد المجتمع ولا تشفع له صفة الضابط العمومي، وتكون المسؤولية الجزائية مشتركة بين المحضر القضائي والمساعد الرئيسي، الذي يعتبر مسؤول عن ما يقع منه أثناء عملية التبليغ، وبالتالي كل ما شاب تلك العملية من فعل مجرم سيكون مسؤولا عنه، في حين أن القسم الذي تترتب عنه مسؤولية شخصية، هو عملية تحرير المحضر المخول أمره إلى المحضر نفسه دون مساعديه⁽¹⁾.

و بعد بيان أقسام الإلزام نسير إلى بيان وسائله في التصرفات المالية .

المطلب الرابع: وسائل الإلزام في التصرفات المالية

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري؛ في كليتهم حول مشروعية اتخاذ وسائل قهرية، لحمل الممتنع أو المماطل على أداء ما يلزمه من أحكام، على اختلاف بينهم في مدى نجاعتها وفعاليتها في تحقيق المقصد من تشريعها. وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: الملازمة

الملازمة وهي أن يلازم الدائن المدين في جميع أحواله، وإن شاء لازمه بنفسه وإن شاء بغيره والرأي في هذا له، ولا يلازمه بالليل، لأنه ليس بوقت للكسب إلا إذا كان ممن شأنه يكتسب بالليل فيلازمه فيه، ولا يلازمه في موضع معين لأنه حبس، ولا يمنعه من التصرف والسفر حالة الملازمة، لأنه بذلك يتمكن من الحصول على المال لقضاء الدين⁽²⁾. والملازمة وسيلة خاصة بالدين لا تتعداه، وذلك لعدم إمكانية تطبيقها على غير الديون.

(1) - نسيم بخلف، الوافي في طرق التنفيذ، 77، 78 وما بعدها .

(2) - محمود الأمير يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية، ص 492.

وقد اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري حول وجوبها، فذهب ابن حزم إلى اعتبارها من وسائل استيفاء الدائن لماله وفي ذلك يقول: "فإن لم يوجد له مال، فإن كانت الحقوق من بيع أو قرض، ألزم الغرم وسجن حتى يثبت العدم، ولا يمنع من الخروج في طلب شهود له بذلك، ولا يمنع خصمه من لزومه والمشي معه حيث مشى، أو وكيله على المشي معه"¹.

و أما المالكية فلم يميزوا ملازمة المدين وهو المنصوص عليه في قول الإمام مالك: "ثم ليس لرب الدين ملازمته ومنعه من تصرفه، ولا أن يوكل به من يلازمه"⁽²⁾. ومناطق الاختلاف بين ابن حزم والمالكية هو اقتصارهم على أحد أساليب الجبر إما الملازمة أو الحبس، فمن أجاز الملازمة أنكر الحبس والعكس صحيح، أما المشرع الجزائري فلا يرد عنده نظام الملازمة.

ولا يخلو نظام الملازمة من تقييد وتضييق للحرية الشخصية للمدين، وإن كانت في تلك العصور المتقدمة وسيلة ناجعة للرقابة على تصرفات المدين. وكلما تطور المجتمع بانت حاجته للتخلص من نظام معين، والمطالبة بنظام آخر.

الفرع الثاني: إجبار المدين المعسر على الكسب بالمؤاجرة

المؤاجرة هي: أن يجبر المدين المعسر على الكسب؛ لقضاء ما عليه من دين وذلك إذا كان يحسن صنعة، فإن لم يكن يحسن صنعة فيجبر على إيجار نفسه فيما يليق بمثله من الصنائع، وقد اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري حول وجوبها.

فذهب ابن حزم إلى أنها واجبة في حق المدين وهو المستفاد من قوله: "فإن أثبت عدمه سرح بعد أن يحلفه: ما له مال باطن، ومنع خصمه من لزومه، وأوجر لخصومه"⁽³⁾. وعلل قوله

(1)- ابن حزم، المحلى، ج6 ص 480.

(2)- ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، ت: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ ط1، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 2002م، ج3 ص 619.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج6 ص 480.

بوجوب إنصاف الغرماء والقيام بنفقة نفسه وعياله، وهو منتهى العدل في الأموال. وهذا نصه:
 "فإن قيل: إن قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: 280) يمنع من استتجاره؟ قلنا: بل يوجب استتجاره؛ لأن الميسرة لا تكون إلا بأحد وجهين - إما بسعي، وإما بلا سعي؛ وقد قال تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ (الجمعة: 10) فنحن نجبره على ابتغاء فضل الله تعالى الذي أمره تعالى بابتغائه، فنأمره ونلزمه التكسب لينصف غرماءه ويقوم بعياله ونفسه، ولا ندعه يضيع نفسه وعياله والحق اللازم له"⁽¹⁾.

و أما المالكية فلم يلزموا المدين المعسر بالمؤاجرة. وفي ذلك يقول ابن رشد: " من كان عليه دين ولم يكن له مال يؤديه منه، فهو في نظرة الله تعالى إلى أن يوسر، ولا يجبس ولا يؤاجر ولا يستخدم ولا يستعمل؛ لأن الدين إنما تعلق بذمته، فلا يصح أن يؤاجر فيه"⁽²⁾. فتعلق المالكية بالحفاظ على كرامة المعسر.

وعند التحقيق فمذهب ابن حزم له وجهته من حيث تحقيقه لمقصد العدل في الأموال، مادام المدين يستطيع التكسب من جديد لرد ديونه، وفي ذلك رد لثقتة بنفسه ومنع للمذلة السؤال. وحبذا لو يأخذ المشرع الجزائري بمشروعية الإلزام بالكسب بالمؤاجرة.

الفرع الثالث: الضرب كوسيلة لإجبار المدين الموسر على الأداء

اتفق ابن حزم والمالكية على جواز ضرب المدين الموسر على الأداء في كليته، وخالفهم في ذلك المشرع الجزائري فلا يرد في منظومته القانونية الضرب كوسيلة لإجبار المدين، أما ابن حزم فقد اعتبر اخفاء المال ويسر المدين وصف مؤثر في الحكم بضرب المدين، وهو المستفاد من قوله: "وإن صح أن له مالا غيبه أدب وضرب حتى يحضره...، لقول الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (النساء: 135)"⁽³⁾. وأما المالكية فقد أجازوا الضرب كوسيلة إضافية

(1)-المصدر السابق، ج 6ص 482.

(2)-ابن رشد، المقدمات الممهدة، ت: محمد حجي، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م، ج2ص 305.

(3)-ابن حزم، المحلى، ج6ص 480.

للضغط على المدين الموسر المحبوس، وفي ذلك يقول ابن رشد: " وروي عن سحنون أنه يضرب بالدرّة - المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس"⁽¹⁾. ومعلوم هنا أن الضرب وسيلة تعزيرية لحمل المدين الموسر على الأداء.

الفرع الرابع: حبس المدين

اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في اعتبار حال المدين وصف مؤثر في الحكم بحبسه، مع اعتبارهم أن المدين المعسر لا يسجن بل ينظر إلى الميسرة. وذهب ابن حزم إلى أن حبس المدين القادر على الوفاء كقاعدة عامة ممتنع، لما فيه من تحقق الظلم له ولدائنه، لما في حبسه إعاقة له عن التكسب للوفاء بديونه المترتبة عليه، وهو المستفاد من قوله: "ومن ثبت للناس عليه حقوق من مال أو مما يوجب غرم مال بينة عدل، أو بإقرار منه صحيح بيع عليه كل ما يوجد له، وأنصف الغرماء، ولا يحل أن يسجن أصلا ... فسجنه مع القدرة على إنصاف غرمائه ظلم له ولهم معا"⁽²⁾. ولا يثبت الحبس عند ابن حزم إلا في حال جهل المركز المالي للمدين خشية ادعاء الإفلاس، وفي ذلك يقول: "فإن لم يوجد له مال، فإن كانت الحقوق من بيع أو قرض ألزم الغرم وسجن حتى يثبت العدم، ولا يمنع من الخروج في طلب شهود له بذلك، فإن أثبت عدمه سرح بعد أن يحلفه ما له مال باطن"⁽³⁾.

وأما المالكية؛ فمذهبهم سجن المدين القادر على الوفاء، وهو ما أشار إليه ابن رشد بقوله: " وأما حبس من أخذ أموال الناس وتقعدها عليها وادعى العدم فتبين كذبه، فإنه يجبس أبدا حتى يؤدي أموال الناس، أو يموت في السجن"⁽⁴⁾.

ويوافق المشرع الجزائري ابن حزم في عدم مشروعية حبس المدين، لإجباره على الوفاء بالتزامه احتراماً لما يعرف بالكرامة الانسانية وإعلاء حرية الفرد، بل إن عدم حبس المدين وتركه

(1)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج2 ص 308.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج6 ص 475.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج6 ص 480.

(4)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج2 ص 308.

يمارس حياته العملية للحصول على المال الذي يمكنه من الوفاء بالتزامه فيه مصلحة للدائن نفسه. لقد صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاليا من المواد المتعلقة بالإكراه البدني، على اعتبار أن هذه الوسيلة في المادة المدنية هي امتداد لتلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، فضلا عن كونها تتعارض مع المنع المقرر في القانون الدولي لاسيما المادة 11 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989 م، التي تمنع التنفيذ على المدين الذي عجز عن الوفاء بالتزام تعاقدية. وطبقا للمادة 132 من الدستور، فإن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، وبالتالي يقع على الدولة الجزائرية العمل على تكييف تشريعها مع أحكام تلك المعاهدات، وحتى يكون التشريع منسجما مع التزامات الجزائر الدولية التي صادقت عليها، تم التخلي عن الإكراه البدني كوسيلة ضمن الوسائل الجبرية وقت التنفيذ، وبالتالي ألغيت المواد من 407 إلى 412 المتعلقة بالإكراه البدني بإلغاء قانون الإجراءات المدنية، ولم يعد بالإمكان اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا بناء على أحكام المواد من 597 إلى 611 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾.

وما ذهب إليه ابن حزم والمشرع الجزائري من منع سجن المدين، هو الموافق لمقتضيات العدل في الأموال، فسجنه ومنعه من التكسب لن يؤخر إلا في عملية سداد ديونه وردة لحقوق خصومه. كما سيعود بالضرر على من تلزمه نفقته.

الفرع الخامس: الحجز على المدين وبيع ماله.

الحجز هو وضع مال تحت يد القضاء؛ لمنع صاحبه من أن يقوم بأي عمل قانوني أو مادي من شأنه إخراج هذا المال أو ثماره من ضمان الدائن الحاجز، ويتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري على حجز أموال المدين وبيعها لاستيفاء الدائنين حقوقهم. وفي ذلك يقول ابن حزم: "ومن ثبت للناس عليه حقوق من مال أو مما يوجب غرم مال ببينة عدل، أو بإقرار منه صحيح:

⁽¹⁾ -عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ، 389-390.

بيع عليه كل ما يوجد له، وأنصف الغرماء، ولا يجلب أن يسجن أصلاً، إلا أن يوجد له من نوع ما عليه فينصف الناس منه بغير بيع، كمن عليه دراهم ووجدت له دراهم، أو عليه طعام ووجد له طعام، وهكذا في كل شيء لقول الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ (النساء: 135) ⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول ابن عبد البر: "إذا لحق التاجر من ديون الناس ما يضرب السلطان من أجله على يده، ويفلسه عند قيام غرمائه لإحاطة ما لهم عليه بماله، فمن وجد منهم متاعه قائماً بعينه فهو بالخيار إن شاء أخذ سلعته بثمنها الذي باعها به، وكان أحق بها من سائر الغرماء فله ذلك، وإن شاء تركها وكان أسوة الغرماء وحاصهم بثمنها فيها وغيرها من سائر مال المفلس" ⁽²⁾. فالحجز إجراء ضروري لا تتصور خصومة نزع ملكية بغيره، وهو يرمي إلى غرضين:

الأول: تحديد الأموال التي سترع ملكيتها من بين أموال المدين. فإذا كانت جميع أموال المدين - كقاعدة عامة - تعتبر محلاً لضمان الدائن ويمكن لهذا التنفيذ عليها، فإن نزع الملكية يرد على مال أو أموال معينة منها، ومهمة الحجز هي تحديد هذه الأموال.

الثاني: التحفظ على هذه الأموال بتقييد سلطات المدين عليها حتى يستطيع الدائن أن يستوفي حقه منها ⁽³⁾. ولقد نظم المشرع الجزائري إجراءات الحجز وفق آليتين:

أولاهما الحجز التحفظي ولقد عرفته المادة 646 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بـ: "وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية، تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن.

"وثانيهما الحجز التنفيذي على منقولات المدين، وهو أول إجراء يؤدي بطريق مباشر إلى استعادة الحق بعد بيع المال المحجوز جبراً عن طريق المزاد العلني وأخذ المستحق من حاصل البيع، وهو ما أشارت إليه المادة 687 من قانون الإجراءات المدنية: "إذا لم يقيم المدين بالوفاء بعد

⁽¹⁾- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 475.

⁽²⁾- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 823.

⁽³⁾- فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص 256.

انقضاء أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تكليفه بالوفاء وفقا للمادة 612 أعلاه، يجوز للمستفيد من السند التنفيذي الحجز على جميع المنقولات و/ أو الأسهم، و/ أو حصص أرباح الشركات، و/ أو السندات المالية للمدين". ويتميز الحجز التحفظي عن الحجز التنفيذي بما يلي:

- عدم اشتراط السند التنفيذي في الحجز التحفظي: إنما يكفي ما دون ذلك من مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين، في حين يجب في الحجز التحفظي توفر أحد السندات التنفيذية، وعلّة ذلك أن حماية الدائن تتطلب أحيانا السماح له بتوقيع الحجز قبل أن يحصل على سند تنفيذي، لأن مصلحته تقتضي الحجز على أموال المدين خشية فقدان الضمان.

- المباغتة: إذا كان الحجز التنفيذي لا يصح إلا بعد استنفاد مقدمات التنفيذ، من إعلان سند عن طريق التكليف بالوفاء ومنح المدين أجل خمسة عشر يوما للاستجابة وديا، فإن مصلحة الدائن في الحجز التحفظي تتطلب توقيع الحجز دون سابق تكليف حتى لا يلجأ إلى تهريب أمواله قبل الحجز.

- عدم وجوب تعيين المقدار: يكفي لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون دين الحاجز حال الأداء ومحقق الوجود، ولا يلزم أن يكون معين المقدار، على أن يقدر أمام قضاء الموضوع الفاصل في دعوى الثبوت. بينما يشترط في الحجز التنفيذي أن يكون مبلغ الدين محددًا قبل صدور الأمر بالحجز⁽¹⁾.

الفرع السادس: الغرامة التهديدية

القاعدة العامة عند ابن حزم أن الغرامة إلزام في الأموال، ولا إلزام إلا بنص شرعي. وبالتالي، فإنه لم يعتبر الغرامة تصرفا شرعيا، وهو المنصوص عليه في قوله: " أنه لا يجب على أحد غراهة ... إلا أن يوجب ذلك نص صحيح، أو إجماع متيقن، وإلا فالأموال محرمة والغرامة ساقطة"⁽²⁾.

⁽¹⁾-راجع أحمد فتحي بك وعبد الفتاح السيد بك، التنفيذ علما وعملا. ص 232. وعبد الرحمن بريارة، طرق التنفيذ، 157-158. وفتحي والي، التنفيذ الجبري، ص 256-257.

⁽²⁾-ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 9.

أما المالكية فتتدغم الغرامة في مواضع عديدة، كغرامة مانع الزكاة مثلا، ولكني لم أقف - حدود اطلاعي - على مصطلح الغرامة التهديدية كوسيلة لجبر المدين على الوفاء بدينه. و الغرامة التهديدية هي وسيلة يجيزها القانون لإجبار المدين المتعنت على تنفيذ التزامه الذي يتطلب تدخله شخصيا، وذلك بالحكم عليه بدفع غرامة مالية عن كل يوم أو فترة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني⁽¹⁾. وقد نص القانون المدني على ذلك في المادة 174 منه: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إذا امتنع عن ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد من الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ". والحكم الصادر بالإكراه المالي إما أن يكون قاطعا في الخصومة أو مؤقتا، فالحكم الصادر بصورة قطعية يجوز قوة الشيء المحكوم فيه، فإذا قدر القاضي قيمة التعويض المحكوم به على الخصم باعتبار اليوم الواحد من أيام التأخير عن تنفيذ ما حكم به عليه، وكان ظاهرا من أسباب الحكم وعناصر التقدير أن القاضي لم يسلك هذا السبيل إلا ليعوض على المحكوم له الضرر بسبب ماطلة خصمه في التنفيذ كان هذا الحكم قطعيا أي باتا في الخصومة وواجب التنفيذ عند التأخير.

وكون الحكم بالجزاء صادرا بصورة مؤقتة يؤدي إلى عده حكما تهديديا، بحيث يجوز للمحكمة العدول عنه أو تحويره زيادة أو نقصا حسبما يتضح لها من وقائع الحال، وأسباب الامتناع ومقدار الضرر، وقد جرى العمل على أن تكون وحدة الزمن هي اليوم في الحكم بالجزاء⁽²⁾. وبعد بيان مفهوم الإلزام في التصرفات المالية في إطاره العام، وما يندرج فيه من أحكام شرعية وقانونية، عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري، نسير إلى بيان أحكام الإلزام بدفع الأموال عند ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري .

(1) -محمود الأمير يوسف الصادق، تنفيذ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، ص 547.

(2) -أحمد فتحي بك وعبد الفتاح السيد بك، التنفيذ علما وعملا، ص 14. نسيم بخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ص 25 وما بعدها.

الفصل الثاني:
الإلزام برفع الأعداء عند ابن
حزم مقارنة بالمذهب المالكي والتشريع
الجزائري

تقديم:

الإلزام بدفع الأموال هو تحقق وجوب إخراجها؛ من ذمة المخاطب بأحكام الشريعة اختياراً أو جبراً بحسب ما أوجبه عليه الشارع، أو ممن له سلطة شرعية.

وفيما يلي بيان ما في هذا الإلزام من اتفاق أو اختلاف، بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، بدءاً بتناول الإلزام بدفع الزكاة والصدقة والجزية في المبحث الأول، ومروراً بالإلزام بدفع النفقة والوصية وأموال الجنائيات في المبحث الثاني. وانتهاءً بالإلزام بسداد الديون والإجارة والبيع في المبحث الثالث.

المبحث الأول: الإلزام بدفع الزكاة والصدقة والجزية.

الإلزام بدفع الزكاة والصدقة والجزية، متفق عليه بين ابن حزم والمالكية، على اختلاف بينهما في الأوصاف المؤثرة في الحكم، أما التشريع الجزائري، فلا ترد هذه المسائل ضمن منظومته التشريعية، على الرغم من كون الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادره الاحتياطية. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: الإلزام بدفع الزكاة:

يلزم المخاطب بأحكام الزكاة، بإخراجها اختيارا لتحقيقه بمقام العبودية والامتثال، ويجبر عليها حال امتناعه عن دفعها، وتؤخذ منه عنوة، وعلى هذا وقع إجماع الصحابة -رضوان الله عليهم- ولا يخرج اجتهاد ابن حزم والمالكية عن هذا الإجماع. قال ابن حزم: " وحكم مانع الزكاة، إنما هو أن تؤخذ منه أحب أم كرهه، وإن كذب بها فهو مرتد، فإن غيبها ولم يمانع دونها فهو آت منكرا، فواجب تأديبه أو ضربه حتى يحضرها أو يموت قتيل الله تعالى إلى لعنة الله، كما قال رسول الله ﷺ: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده إن استطاع"⁽¹⁾. وهذا منكر ففرض على من استطاع أن يغيره"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول ابن رشد (الجد): "مانع الزكاة في النار والمتعدي فيها كمانعها... فمن جحد فرض الزكاة فهو كافر يستتاب فإن تاب وإلا قتل كالمرتد... وأما من أقر بفرضيتها ومنعها، فإنه يضرب وتؤخذ منه كرها، إلا أن يمنع في جماعة ويدفع بقوة، فإنهم يقاتلون عليها حتى تؤخذ منهم"⁽³⁾. فهناك اتفاق كلي بين ابن حزم والمالكية على أن الممتنع من أداء الزكاة تلزمه الأحكام التالية:

(1)- صحيح مسلم، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، ج 1 ص 49.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 12 ص 290.

(3)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج 1 ص 273- 274، وينظر أيضا: ابن رشد، البيان والتحصيل، ت: محمد حجي وآخرون، ط2، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م، ج 18 ص 598. وابن رشد (الحفيد) بداية الاجتهاد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 10.

- يعتبر مانع الزكاة جحودا، مرتدا ويستتاب عليها، لأنه أنكر أمرا معلوما من الدين بالضرورة.
 - مانع الزكاة بخلا تؤخذ منه عنوة أحب أم كره، ويؤدب عليها تعزيرا.
- أما المشرع الجزائري فلم يشرع الزكاة بقوانين خاصة، تحمل من توفرت فيهم شروطها، على وجوب دفعها، ووفقا للمادة الأولى من قانون العقوبات⁽¹⁾ لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون " فالممتنع من أدائها لا يعاقب ولا يحاسب قانونا.
- فالزكاة بالنسبة للمشرع الجزائري، مسألة أخلاقية تتعلق بالمكلف فلا يحمل عليها، وأقصى ما قدمه، هو حث وزارة الشؤون الدينية المواطنين، على دفعها بأنفسهم إلى مستحقيها، أو إلى صندوق الزكاة.

الفرع الأول: من هو مانع الزكاة؟

مانع الزكاة مركب إضافي من اصطلاحين، وهما المانع والزكاة. فما المانع ابتداء؟

المانع بمعناه الاصطلاحي يرد على معنيين أصولي وفقهي:

أما المانع بمعناه الأصولي فقد عرفه صاحب تهذيب الفروق بأنه: " ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجوده، ولا عدم لذاته"⁽²⁾، وعرفه الشاطبي أيضا بقوله: " رافع لأصل الطلب وإن أمكن حصوله معه"⁽³⁾، أما ابن حزم فلم أقف -في حدود علمي- على تعريف له للمانع بمعناه الاصطلاحي الأصولي، وإن كانت اجتهاداته الأصولية، لا تخرج عما ذكره المالكية، من ذلك قوله: " السبب المانع من قبول نفقاتهم هو الكفر، فإذا ارتفع ذلك

⁽¹⁾ قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/80م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 1982/02/13م.

⁽²⁾ محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية على هامش أنوار الفروق للقراي، د ط، عالم الكتب، دت، ج 1 ص 60.

⁽³⁾ الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 442.

ارتفع السبب المانع من قبول نفقاتهم، فإذا ارتفع ذلك السبب فقد وجب قبول النفقات " (1) ومن أمثلة المانع: الردة مانعة من الإرث، والكفر مانع من وجوب الزكاة، والعفو عن القاتل مانع من القصاص، فهذه الأسباب المانعة من ثبوت الحكم، من وضع الشارع، وهي أسباب توقيفية وردت في محلها.

وأما المانع بمعناه الفقهي: فهو صفة تحقق بها صاحبها. بمحض إرادته، لعدم تنفيده حكم شرعي فيترتب عليها أثر فقهي، مخالف لمقصود الشارع من وضع الحكم ابتداء.

وأما مصطلح الزكاة؛ فيرد على أموال معينة معلومة بالشرع لا بالعقل، والسؤال الذي يفرض نفسه، هل التكييف الفقهي لوعاء الزكاة، متفق عليه بين ابن حزم والمالكية؟ فعلى سبيل المثال لا تجب الزكاة في عروض التجارة عند ابن حزم، فالممتنع من أدائها لا تؤخذ منه جبرا، خلافا للمذهب المالكي الذي يلزمه بأدائها. وهو ما سأتناوله بالبيان فيما يلي:

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لوعاء الزكاة.

المعنى اللغوي والاصطلاحي للزكاة عند ابن حزم لا يزيد عن قوله: "كنقله تعالى اسم الزكاة عن التطهر من القبائح، إلى إعطاء مال محدود لا يتعدى" (2).

و مدار اجتهاده الفقهي مبني على قوله تعالى: ﴿حُدِّمِنَ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةٌ تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلَّى عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (١٠٣) (الثوبة: 103). فالخطاب هنا ليس لعموم المكلفين، وإنما هو لمن ثبتت ملكيته لأموال، أضفى عليها الشارع صفة الشرعية والحلية والخصوصية، فهي مقصودة بذاتها وبعينها. وهي في ذمة المخاطب بأحكام الشريعة (الرجال والنساء، الأحرار منهم والحرائر، والعبيد والإماء، والكبار والصغار، والعقلاء والمجانين، من

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 5 ص 116.

(2)- المصدر نفسه، ج 3 ص 135.

المسلمين⁽¹⁾ لا في عين ما بيده من المال⁽²⁾. واستيفاء حق الزكاة مقدم على حقوق الغرماء. وهو ما نص عليه ابن حزم بقوله: "حق الله تعالى أحق بالقضاء ودينه أولى بالأداء، وشرطه المقدم في الوفاء على حقوق الناس"⁽³⁾.

والأموال التي تجب فيها الزكاة عند ابن حزم ثلاثة أصناف، ثبتت بظاهر اللفظ أو بمعنى اللفظ. وهي زكاة العين (الذهب والفضة) وزكاة الحبوب والثمار (القمح، والشعير، والتمر)، وزكاة الأنعام (الإبل، والبقر، والغنم)⁽⁴⁾. وما زاد عن هذه الأصناف فلا تجب فيه الزكاة، وهو المستفاد من قوله: "ولا زكاة في شيء من الثمار، ولا من الزرع، ولا في شيء من المعادن غير ما ذكرنا، ولا في الخيل، ولا في الرقيق، ولا في العسل، ولا في عروض التجارة"⁽⁵⁾.

أما الأموال التي تجب فيها الزكاة عند المالكية فهي: "على ضربين: زكاة عين وزكاة قيمة، فأما زكاة العين فهي من ثلاثة أنواع وهي: العين: الذهب والفضة. والحرث: وهو ما أنبتت الأرض من الزرع والثمار من المقتات. والماشية: وهي الإبل والبقر والغنم. ولا تجب زكاة عين فيما عدا ذلك من الأنواع الثلاثة"⁽⁶⁾.

وإذا وضح التكليف الفقهي لوعاء الزكاة، فلننظر في المعايير التي اعتمدها ابن حزم والمالكية، في تأسيسهما الفقهي لهذا الوعاء.

أولاً: المعايير المعتمدة بين ابن حزم والمالكية في تأسيسهما الفقهي لوعاء الزكاة.

فأما ابن حزم؛ فقد اعتمد في تأسيسه الفقهي لوعاء الزكاة على المعايير التالية:

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 5 ص 201 .

(2)- المصدر نفسه، ج 5 ص 262 . والإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 64.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 12 ص 289.

(4)- المصدر نفسه، ج 4 ص 12.

(5)- المصدر نفسه، ج 4 ص 12.

(6)- القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 360. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2

ص 11. القرافي، الذخيرة، ج 3 ص 6.

أ- سكوت الشارع:

قال ابن حزم: "كل ما لم يأمر النبي ﷺ فيه بزكاة محدودة موصوفة فلا زكاة فيه"⁽¹⁾ فما سكت عنه الشارع ولم يأمر به فهو معفو عنه ولسنا مطالبين به، ذلك أن النبي ﷺ مأمور بالبيان والتبليغ، ومحال في حقه الخطأ أو النسيان أو ترك البيان.

قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ (البقرة: 43) و: ﴿حُذِّمْنَ أَمْوَالَهُمْ صَدَقَةً﴾ (التوبة: 103) وقال ﷺ في حجة الوداع بعد نزول هاتين الآيتين: "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه."⁽²⁾ فكان قوله ﷺ ضابطاً لثلاث يضاف إلى أموال الزكاة غير ما نص عليه بعينه وباسمه⁽³⁾.

ب - تخصيص العموم بحصول المشقة والخرج.

ذهب داود الظاهري وجمهور أهل الظاهر، إلى أن الزكاة واجبة في كل ما أنبتت الأرض، وفي كل ثمرة وفي الحشيش⁽⁴⁾، وغير ذلك لقوله ﷺ: "فيما سقت السماء العشر."⁽⁵⁾، فما كان من ذلك يحتمل الكيل لم تجب فيه زكاة، حتى يبلغ الصنف الواحد منه خمسة أوسق فصاعداً، وما كان لا يحتمل ففي قليله وكثيره زكاة⁽⁶⁾.

و خالفهم ابن حزم، بتخصيصه لعموم الحديث، بتحقيق المشقة والخرج الشديد في إخراج الزكاة من كل ما تنبت الأرض. قال: "فإن قول من أوجب الزكاة في كل ما أنبتت الأرض حرج شديد، وشق الأنفس، وعسر لا يطاق. والأخذ بذلك الخبر تكليف ما ليس في الوسع،

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 35 .

(2)- صحيح مسلم، باب تحريم ظلم المسلم وخذه واحتقاره ودمه وماله وعرضه، ج 4 ص 1986.

(3)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 7 ص 141.

(4)- راشد سعد راشد الهاجري، المسائل الفقهية التي خالف فيها ابن حزم أهل الظاهر دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تحت إشراف: محمد رواس قلعه جي، جامعة الكويت، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه والأصول، 2002م، ج 1 ص 153 وما بعدها.

(5)- صحيح البخاري، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، ج 2 ص 126.

(6)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 16 .

وممتنع لا يمكن ألبتة؛ لأنه يوجب أن لا ينبت في دار أحد، أو في قطعة أرض له: عشب، ولو أنه ورقة واحدة، أو نرجسة، ... إلا وجب عليه عشر كل ذلك، أو نصف عشره. وكذلك ورق الشجر والتبن، ... وأصول الشجر نفسها؛ لأن كل ذلك مما يسقيه الماء؛ وهذا ما لا يمكن ألبتة"⁽¹⁾.

ج- حمل اللفظ على عمومه:

"إذا ورد لفظ لغوي فواجب أن يحمل على عمومه، وعلى كل ما يقع في اللغة تحته، وواجب أن لا يدخل فيه مالا يفيد لفظه"⁽²⁾. فهذه قاعدة من القواعد الأساسية عند ابن حزم، في اجتهاداته الفقهية المبنية على اللغة. فقولہ ﷺ: "ليس فيما دون خمسة أوسق من حب أو تمر صدقة"⁽³⁾. فكلمة (دون) تحمل على معنيين، وهما غير وأقل، فتحمل على كليهما حملا مستويا، ولا يصر إلى أحدهما دون الآخر إلا بدليل.

أما كلمة حب؛ فاستدل ابن حزم على معناها، بما ثبت عن أئمة اللغة قال: ". وذكر أبو حنيفة أحمد بن داود الدينوري اللغوي في كتابه في النبات في باب ترجمته " باب الزرع والحراث وأسماء الحب والقطاني وأوصافها " قال أبو عمرو وهو الشيباني - جميع بزور النبات يقال لها " الحبة " بكسر الحاء... وقال الكسائي: واحد الحبة: حبة، بفتح الحاء؛ فأما الحب فليس إلا الحنطة، والشعير، واحدها حبة، بفتح الحاء؛ وإنما افرقتا في الجمع... وكذلك غيره من الحبوب كالأرز، والدخن، قال علي: فهذه ثلاثة جموع -: الحب للحنطة، والشعير خاصة، والحبة - بكسر الحاء وزيادة الهاء في آخرها - لكل ما عدهما من البزور خاصة، والحبوب للحنطة والشعير وسائر البزور. والكسائي إمام في اللغة، وفي الدين، والعدالة. فإذا قد صح أن الحب لا يقع إلا على الحنطة والشعير في لغة العرب، وقال رسول الله ﷺ نصا بنفي الزكاة عن غيرهما

(1)-المصدر السابق، ج 4 ص 28-29.

(2)-ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 159.

(3)-صحيح مسلم كتاب الزكاة ج 2 ص 674.

وغير التمر - : فلا زكاة في شيء من النبات غيرهما وغير التمر⁽¹⁾.

فهذا حاصل ما اعتمده ابن حزم من معايير في تأسيسه الفقهي لوعاء الزكاة، ومنه نسير إلى النظر في معايير المالكية في ذات الوعاء.

وأما المالكية؛ فقد اعتمدوا في تأسيسهم الفقهي لوعاء الزكاة على المعايير التالية:

أ - الزكاة معقولة المعنى:

الزكاة عبادة مالية معقولة المعنى، لتعلقها بتحقيق مصلحة وهي حق الفقراء في أموال الأغنياء، وفي ذلك يقول ابن رشد: " والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين: معنى مصلحيا، ومعنى عباديا (وأعني بالمصلحي: ما رجع إلى الأمور المحسوسة، وبالعبادي: ما رجع إلى زكاة النفس)"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول القرافي: " أوجب الله تعالى الزكاة شكرا للنعمة على الأغنياء، وسدا لخلّة الفقراء، وكمل هذه الحكمة بتشريكه بين الأغنياء والفقراء، في أعيان الأموال بحسب الإمكان، حتى لا تنكسر قلوب الفقراء باختصاص الأغنياء بتلك الأموال"⁽³⁾.

ب: تنزيل المصلحة الشرعية منزلة النص الخاص.

و هذه القاعدة مثالها؛ إيجاب الزكاة في عروض التجارة، لتتحقق بها مصلحة الفقراء، وهو ما يعبر عنه بالقياس المرسل. وقد بينه ابن رشد بقوله: " هو أن يكون شرعا زائدا أشبه منه بأن يكون شرعا مستنبطا من شرع ثابت، ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل، وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه، ومالك - رحمه الله - يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها"⁽⁴⁾.

(1) - ابن حزم المحلى ج 4 ص 23.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 1 ص 22.

(3) - القرافي، الذخيرة، ج 3 ص 7.

(4) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 31.

ثانيا: المقارنة بين المسلكين

وعليه يعتبر تكليف ابن حزم الفقهي لوعاء الزكاة، هو الحد الأدنى المشترك، أو أقل ما قيل في أصناف الأموال التي تجب فيها الزكاة، وما زاد عنه فهو محل خلاف بينه وبين المالكية. و محل النزاع بينهما راجع إلى كون الشريعة تعبدية أو معقولة المعنى. ولكل له مسلكه ومنهجه، وأصوله التي صحت عنده في بيان الصفة أو الميزة التي تحققت بها الشريعة الإسلامية. أما المنهج الظاهري؛ فيقتضي أن التعبد هو مناط الأحكام الشرعية، فقوله ﷺ: "تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم"⁽¹⁾ لا يتم إلا في حدود ما أباحه النص الشرعي من أخذ أموال بعينها، لضابط هو: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"⁽²⁾. فتحقيق الكفاية المعيشية للفقراء؛ من مأكّل وملبس ومسكن، مقصد من مقاصد الزكاة ثبت بالنظر والمشاهدة في أحوال الفقراء وحاجتهم للمال، ولكن لا يجعله ابن حزم علة لتوسيع وعاء الزكاة، بل يجد في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2). مجالا واسعا للقيام بشؤونهم، وهو الاستفادة من قوله: " وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكوات بهم، ولا في سائر أموال المسلمين، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف. بمثل ذلك، وبمسكن يكنهم من المطر، والصيف والشمس، وعيون المارة"⁽³⁾. وتحقيق المصلحة المرجوة من أخذ أموال الأغنياء، وردها على الفقراء ليس مقصودا لذاته فقط من الزكاة، فقد تؤخذ ممن بلغت الأموال النصاب الأدنى عنده، ولكنه يجد ضنكا ومشقة في معيشته، بسبب كثرة عياله وغلاء الأسعار، فإنه يفرض له من الزكاة لإعادة التوازن المعيشي، وفي ذلك يقول ابن حزم: " من كان له مال مما يجب فيه الصدقة، كمائتي درهم أو أربعين مثقالا أو خمس من

(1)-صحيح البخاري، باب وجوب الزكاة، ج 2 ص 104.

(2)-صحيح مسلم، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وماله وعرضه، ج 4 ص 1986

(3)-ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 281.

الإبل... وهو لا يقوم ما معه بعولته لكثرة عياله أو لغلاء السعر فهو مسكين، يعطى من الصدقة المفروضة، وتؤخذ منه فيما وجبت فيه من ماله⁽¹⁾. فرغم التزام ابن حزم النصي لتكليف وعاء الزكاة، إلا أنه يجد في النصوص الشرعية مجالا واسعا لتطبيق مقاصد الشريعة وفق منهجه الظاهري.

وأما المالكية فقد تَحَقَّقُوا في تكيفهم الفقهي بمقصد الشريعة، وهو جلب المصلحة ودفع المفسدة، وأنزلوا المصلحة الشرعية منزلة النصوص الجزئية لتوسيع وعاء الزكاة، ليشمل أكبر كمية من الأموال فتعود على الفقراء، لقوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ (الحشر: 7). وإذا تبينت لنا الأشباه والنظائر، والاختلافات الحاصلة بين ابن حزم والمالكية، في تكيفهم لوعاء الزكاة. فما هو حكم مانعها؟

الفرع الثالث: حكم مانع الزكاة

فرق المالكية وابن حزم بين حالتين لمنع الزكاة، وذلك من جهة الباعث على منعها.

الحالة الأولى: منع الزكاة جحودا

الحالة الثانية: منع الزكاة بخلا.

أولا: حكم منع الزكاة جحودا

لا خلاف بين ابن حزم والمالكية أن من منع الزكاة جاحدا لوجوبها، منكرًا لحجيتها فإنه كافر مرتد تجري عليه أحكام المرتدين.

والمخاطب بأحكام الشريعة إذا فارق دينه إلى دين آخر طواعية لا كراهية، فإن الشارع قد أزال عنه صفة العصمة التي كان يتمتع بها بمقتضى " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله

(1)-المصدر السابق، ج 4 ص 276 .

وعرضه⁽¹⁾ وهذا يعني تجريدته من حق الحياة، ومن حق ملكية المال ومن حق التنازل. وهو ما نص عليه ابن حزم بقوله: " إلا أن المرتد مذ يرتد فكل ما ظفر به من ماله فلبيت مال المسلمين - رجع إلى الإسلام أو مات مرتدا، أو قتل مرتدا، أو لحق بدار الحرب - وكل من لم يظفر به من ماله حتى قتل أو مات مرتدا: فلورثته من الكفار، فإن رجع إلى الإسلام فهو له، أو لورثته من المسلمين إن مات مسلما"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول القاضي عبد الوهاب: " أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته: فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام، وإن قتل أو مات على رده انتقل ماله إلى بيت المال ولم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذي انتقل إليه"⁽³⁾. فالمرتد انتقل من حكم "خذ من أموالهم صدقة" إلى أخذ جميع ماله، ليصير ملكا لبيت مال المسلمين.

ثانيا: حكم منع الزكاة بخلا.

إذا امتنع المخاطب بأحكام الشريعة من أداء الزكاة مع إقراره بحجيتها ووجوبها، وتكاسل وتهاون في دفعها بخلا وشحا، فقد ارتكب كبيرة من الكبائر. وقد ورد في القرآن والسنة ما يبين شدة عقوبة مانع الزكاة يوم القيامة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنْتُمْ تَكْنِزُونَ ﴿٣٥﴾﴾ (التوبة: 34، 35). ومن السنة ما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «ما من صاحب كتر لا يؤدي زكاته، إلا أحمي عليه في نار جهنم، فيجعل صفائح فيكوى بها جنباه، وجبينه حتى يحكم الله بين عباده، في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة، ثم يرى سبيله، إما إلى الجنة وإما إلى

(1) - سبق تخريجه

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 337.

(3) - القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 1653.

النار"⁽¹⁾. ولا يخلو أيضا من عقاب دنيوي، تعزيرا بالضرب وأخذها منه عنوة وقهرا، قال ابن حزم: "فإن غيبها ولم يمانع دونها فهو آت منكر، فواجب تأديبه أو ضربه حتى يحضرها أو يموت قتيل الله تعالى إلى لعنة الله، كما قال رسول الله ﷺ: "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده إن استطاع"⁽²⁾. وهذا منكر ففرض على من استطاع أن يغيره"⁽³⁾ فعده ابن حزم في حكم تغيير المنكر الواجب باليد.

فإن كان في جماعة فإنهم يقاتلون عليها، لوقوع إجماع الصحابة على ذلك. وهو المستفاد من قول ابن رشد: "وأما من أقر بفرضيتها ومنعها فإنه يضرب وتؤخذ منه كرها إلا أن يمنع في جماعة ويدفع بقوة فإنهم يقاتلون عليها حتى تؤخذ منهم"⁽⁴⁾.

و حد الضرب عند ابن حزم هو: "أن لا يكسر له عظم، ولا أن يشق له جلد، ولا أن يسال الدم، ولا أن يعفن له اللحم، لكن بوجع سالم من كل ذلك"⁽⁵⁾ وزاد المالكية أخذ شطر ماله كغرامة مالية جاء في تبصرة الحكام: "والتعزير يكون على ترك واجب، مثاله...: أخذه شطر مانع الزكاة غرامة من غرامات الرب تبارك وتعالى"⁽⁶⁾، وعمدة المالكية هو ما روي عن بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه حكيم عن معاوية بن حيدة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون، لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطها مؤتجرا فله أجرها، عزمة من عزمات ربنا؛ لا يجل لآل محمد منها شيء، ومن منعها فإننا آخذوها

(1)- صحيح مسلم، باب إثم مانع الزكاة، ج 2 ص 682.

(2)- صحيح مسلم، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، ج 1 ص 49.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 12 ص 290 .

(4)- ابن رشد، المقدمات المهديات، ج 1 ص 274.

(5)- ابن حزم، المحلى، ج 12 ص 81.

(6)- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 2 ص 289-292.

وشطر إبله⁽¹⁾ ونازعهم ابن حزم في صحة سند الحديث. قال: "هذا خبر لا يصح. لأن بهز بن حكيم غير مشهور العدالة، ووالده حكيم كذلك"⁽²⁾.

ذلك أن منهج ابن حزم في الأحاديث الضعيفة أنه لا يقوي بعضها بعضا. لأنها تحتل الظن وهو خلاف منهجه الظاهري المتمثل في الأخذ باليقين ونفي الظن، فتعتبر تلك الأحاديث في حكم المردود ولا تقوم بها حجة⁽³⁾.

(1) - سنن الدارمي، ت: حسين سليم أسد الداراني، ط1، المملكة العربية السعودية: دار المغني للنشر والتوزيع، 2000م، باب ليس في عوامل الإبل صدقة، ج 2 ص 1043. وسنن أبي داود، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت: المكتبة العصرية، باب في زكاة السائمة، ج 2 ص 101.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 162.

(3) - وما يلاحظ على ما رواه ابن حزم بسنده الى ابن أبي شيبة ما يلي:

. روى ابن حزم الحديث بسنده الى ابن أبي شيبة بواسطة شيخه ابن الجسور قال: "حدثنا أحمد بن محمد بن الجسور ثنا وهب بن مسرة ثنا محمد بن وضاح ثنا أبو بكر بن أبي شيبة ثنا يزيد بن هارون عن بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه حكيم بن معاوية بن حيدة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون، لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطها مؤتجرا فله أجرها، عزمة من عزمات ربنا؛ لا يجل لآل محمد منها شيء، ومن منعها فإنما آخذوها وشطر إبله"، ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 161. ومما يجب ذكره أن مصنف ابن أبي شيبة رواه ابن حزم بواسطة خمسة من شيوخه: ابن الجسور، وابن وجه الجنة وحمام بن أحمد وابن مغيث وأحمد بن عمر بن أنس العذري..

ويرجع الى مسند ومصنف ابن أبي شيبة، وجدت أن الحديث الذي ذكره ابن حزم بسنده غير موجود في المسند، وموجود في المصنف ولكن بسند آخر مغاير تماما، ويأتي بهذه الطريقة: "حدثنا ابن مبارك، عن حرام بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «في كل إبل سائمة أربعين بنت لبون لا يفرق إبل عن حسابها من أعطها مؤتجرا فله أجره عزمة من عزمات ربنا لا يجل لآل محمد منها شيء»". مصنف ابن أبي شيبة، ت: كمال يوسف الحوت، ط، 1 الرياض: مكتبة الرشد، 1409هـ، ج 2 ص 359 .

أما ما رواه ابن حزم بسنده "عن بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه حكيم بن معاوية بن حيدة" فهو مذكور عند أبي داود، والنسائي والدارمي.

- طعن ابن حزم في الراوي (بهز بن حكيم) وقال عنه "غير مشهور العدالة" المحلى ج 4 ص 162، وقال أيضا "ليس بالقوي" المحلى ج 12 ص 25. وهو ما أشار اليه الذهبي بقوله: "وثقه ابن المديني، ويحيى، والنسائي. وقال أبو حاتم: لا يحتج به. وقال أبو زرعة: صالح. وقال البخاري: يختلفون فيه. وقال ابن عدي: لم أر له حديثا منكرا، ولم أر أحدا من الثقات يختلف في الرواية عنه. وقال ابن حبان: كان بخطئ كثيرا." الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ت: علي محمد الجاوي، ط 1 بيروت: دار المعرفة، 1963م، ج 1 ص 353.

كما يلزم ابن حزم مانع الزكاة بخلًا بإخراجها لعدد السنين التي امتنع فيها، حتى ولو أتت على جميع ماله. وهو المفهوم من قوله: "تؤدى كلها لكل سنة على عدد ما وجب عليه في كل عام؛ وسواء كل ذلك لهروبه بماله؛ أو لتأخير الساعي؛ أو لجهله، أو لغير ذلك؛ وسواء في ذلك العين، والحرث، والماشية، وسواء أتت الزكاة على جميع ماله أو لم تأت، وسواء رجع ماله بعد أخذ الزكاة منه إلى ما لا زكاة فيه أو لم يرجع، ولا يأخذ الغرماء شيئًا حتى تستوفي الزكاة"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الإلزام بدفع الصدقة

الصدقة من الأحكام الشرعية التكليفية الطلبية، لا على سبيل الحتم والإلزام، ولذلك فهي عند ابن حزم من الأعمال المستحبة التي ندب إليها الشرع. وهي المنصوص عليها في قوله: "إن الله تعالى ندب جميع البالغين المميزين إلى الصدقة"⁽²⁾. وقد عرفها بما يفيد هذا المعنى فيما نصه: "الصدقة ما طابت به نفسه مما يسمى صدقة، ولو شق تمر، أو أقل مما ينتفع به المتصدق عليه"⁽³⁾. وضابطها عنده أن تكون من مال حلال⁽⁴⁾، وأن لا تعود على المتصدق بالفساد، وهو المستفاد من قوله: "ولا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد إلا فيما أبقى له ولعياله غنى، فإن أعطى ما

- طعن ابن حزم في الراوي (حرام بن حكيم) وقال عنه: "ضعيف" المحلى ج 1 ص 397. فلا يستدل بمروياته، وتجرجه خلاف ما رواه صاحب إكمال تهذيب الكمال عن أئمة الحديث قال: "وخرج ابن خزيمة حديثه في «صحيحه»، وكذلك أبو علي الطوسي، وابن الجارود، وأبو محمد الدارمي. وذكره أبو حاتم بن حبان في جملة الثقات وفرق بين حرام بن حكيم وحرام بن معاوية، وكذا فعله: ابن أبي حاتم، والدارقطني، والأمير أبو نصر بن ماكولا، وأبو موسى المديني، وأبو أحمد العسكري في كتاب الصحابة. وذكره ابن خلفون في ثقات التابعين وقال الدارقطني: هو ثقة. فيما ذكره الغساني في كلامه على سننه. "أبو عبد الله مغلطاي، إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ت: أبو عبد الرحمن عادل بن محمد - أبو محمد أسامة بن إبراهيم، ط 1 الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 2001م، ج 4 ص 20.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 199.

(2)- المصدر نفسه، ج 8 ص 123.

(3)- المصدر نفسه، ج 6 ص 276.

(4)- المصدر نفسه، ج 8 ص 122 - 123.

لا يبقى لنفسه وعياله بعده غنى فسخ كله"⁽¹⁾.

و يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، في نظرهم الكلية للصدقة، على أنها من الأعمال الخيرية المستحبة، التي لا يلزم بها الفرد (المكلف). و يرد الاختلاف بينهم في الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة.

فمصطلح الصدقة يرد عند ابن حزم والمالكية، بوصفين مؤثرين في الحكم وهما: الفرض والتطوع، أما صدقة الفرض فالمقصود بها الزكاة، كما هو المستفاد من قول ابن حزم: " ولا خلاف في تحريم الصدقة المفروضة عليهم وهي الزكاة."⁽²⁾ وهذا ما ذهب إليه الخطاب فيما نصه: " أما الصدقة المفروضة فلا تحل للنبي ﷺ "⁽³⁾.

وأما صدقة التطوع فأكثر أحكامها ترد عند ابن حزم⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾، فيما يخص آل بيت النبي ﷺ.

أما المشرع الجزائري فصدقة التطوع ترد عنده بمسمى التبرعات فقط، فهي من القواعد الأخلاقية غير الملزمة التي يقوم بها أفراد المجتمع. وقد انفرد المشرع الجزائري عن ابن حزم والمالكية، بالإلزام بالمنع في الظروف الاستثنائية، التي تمر بها الدولة خوفا من اختلال نظام الأمن، حين تقدم الصدقات أو التبرعات، بشكل شبه منظم من غير رخصة، قد يصل إلى جريمة يعاقب عليها القانون، وخاصة إذا كان هناك ما يوحي بأن الأمر يتعلق بتمويل ما يعرف بالجماعات الإرهابية. كما جاء في نص المادة 87 مكرر من قانون العقوبات مايلي: " يعتبر فعلا إرهابيا أو تخريبيا، في مفهوم هذا الأمر، كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية، والسلامة

(1)-المصدر نفسه، ج 8 ص 86.

(2)-المصدر السابق، ج 8 ص 125.

(3)-الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج2 ص 346.

(4)-ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 124-125.

(4)- راجع في ذلك: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 17 ص 379. القرافي، الذخيرة، ج 3 ص 143. اللخمي، التبصرة، ت أحمد عبد الكريم نجيب، ط 1، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2011م، ج 3 ص 990.

الترايبية واستقرار المؤسسات وسيرما العادي، عن طريق أي عمل غرضه ما يأتي: ... تمويل إرهابي أو منظمة إرهابية".

ومما انفرد به ابن حزم عن المالكية والتشريع الجزائري؛ إلزامه بالصدقة في مواضع معينة، ذكرها أثناء اجتهاداته الفقهية، وهي كالتالي:

أ- قوله ﷺ: " يا معشر التجار، إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة"⁽¹⁾. فهذه صدقة مفروضة غير محدودة، لكن ما طابت به أنفسهم، وتكون كفارة لما يشوب البيع مما لا يصح من لغو وحلف⁽²⁾ وقوله - عليه السلام - : "شوبوه بالصدقة" يقتضي المداومة والتكرار في موضوع اللغة⁽³⁾.

ب- وفرض على كل من له زرع عند حصاده أن يعطي منه من حضر من المساكين ما طابت به نفسه لقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ (الأنعام: 141)⁽⁴⁾.

ج- "وفرض على كل ذي إبل، وبقر، وغنم أن يجلبها يوم وردها على الماء، ويتصدق من لبنها بما طابت به نفسه... قال رسول الله ﷺ: «تأتي الإبل على صاحبها على خير ما كانت، إذا هو لم يعط فيها حقها، تطؤه بأخفافها، وتأتي الغنم على صاحبها على خير ما كانت، إذا لم يعط فيها حقها، تطؤه بأظلافها وتنطحه بقرونها، قال: ومن حقها أن تحلب على الماء»⁽⁵⁾ «⁽⁶⁾.

د- "وفرض على كل آخذ حظه من المقسوم أن يعطي منه من حضر القسمة من ذوي

⁽¹⁾-سنن ابن ماجه، باب التوقي في التجارة، ج2 ص 726. سنن أبي داود، باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو، ج 3 ص.242

⁽²⁾-ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 41.

⁽³⁾- المصدر نفسه، ج 7 ص 598.

⁽⁴⁾-المصدر نفسه، ج 4 ص 65.

⁽⁵⁾-صحيح البخاري، باب إثم مانع الزكاة، ج 2 ص 106.

⁽⁶⁾-ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 151-152.

قربى أو مسكين ما طابت به نفسه، ويعطيه الولي عن الصغير، والمجنون، والغائب، لقول الله

تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾ (النساء: 8) ⁽¹⁾

.... مما لا يجحف بالورثة، ويجبرهم الحاكم على ذلك إن أبوا²

ومن خلال هذه الاجتهادات يتبين لنا أن:

أ- صدقة الفرض وردت في مواضع معينة، وهي صدقة التجار، وصدقة أصحاب الأنعام، وصدقة أصحاب الزروع، وصدقة أصحاب الميراث، فقط.

ب- استعمل ابن حزم قاعدتان لإضفاء صفة الإلزام والوجوب على هذا النوع من الصدقة وهما:

قاعدة الأمر يفيد الوجوب، وهو وارد في محله. وقاعدة الاسم الأخص كما قال: "وبيان النبي ﷺ إما باسمها الأعم وإما باسمها الأخص"⁽³⁾.

فاقتصره على فرضية هذا النوع من الصدقة لا يتعدى إلى غيره من أنواع الصدقات، لأنها وردت باسمها الأخص، فالخطاب شأنه شأن القضية المنطقية، لا يعطيك أكثر مما فيه وما عداه موقوف على دليله.

المطلب الثالث: الإلزام بدفع الجزية

الجزية من أحكام الولايات العامة التي أنيطت بولي الأمر، لتنفيذ موجبها وهو فتح البلدان عنوة أو صلحا. وهي متفق عليها في كليتها بين ابن حزم والمالكية، على اختلاف بينهما في الأوصاف المؤثرة في الحكم. أما المشرع الجزائري فلم يرد هذا المصطلح في تشريعه القانوني، أو

⁽¹⁾ - المصدر نفسه، ج 6 ص 420

⁽²⁾ - المصدر نفسه، ج 8 ص 346.

⁽³⁾ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 4 ص 184.

ما يوحى إلى الإشارة إليه كنظام قائم متعارف عليه بين الدول.

الفرع الأول: شروط الملزم بالجزية ومق دارها

تفرض الجزية غلبة وقهرا لملازمتها حكم الصغار، وهو الذل والهوان⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (التوبة: 29). ولا يسقط حق أدائها إلا إذا أسلم المخاطب بحكمها وهو الكتابي. فما هي شروط الملزم بالجزية عند ابن حزم والمالكية؟.

أولا: شروط الملزم بالجزية.

مناطق التكليف بالجزية عند ابن حزم، هو العقل والبلوغ وأن يكون كتابيا فقط، أما الحرية والذكورية والرهبنة والفقير، فهي أوصاف غير مؤثرة في الحكم الشرعي، فالخطاب الإلهي جاء لعموم أهل الكتاب. وهو المستفاد من قوله: "الجزية لازمة للحر منهم والعبد، والذكر، والأنثى، والفقير البات، والغني والراهب وغير الراهب سواء من البالغين خاصة، لقول الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (التوبة: 29)"⁽²⁾. وبالمقابل نجد أن مناطق التكليف عند المالكية⁽³⁾: هو العقل والبلوغ والذكورية والحرية، وهو ما عبر عنه القرطبي بقوله: "وكذلك مذهب مالك، فإنه رأى أن الجزية تؤخذ من جميع أجناس الشرك والجحد، عربيا أو عجميا، تغلبيا أو قرشيا، كائنا من كان، إلا المرتد. وقال ابن القاسم وأشهب وسحنون: تؤخذ الجزية من مجوس العرب والأمم كلها"⁽⁴⁾. ويزيده بيانا القرافي بقوله: "كل كافر ذكر بالغ حر

(1) - الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ط3، بيروت: دار الكتاب العربي، 1407 هـ، ج2 ص 263.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 5 ص 415.

(3) - الامام مالك، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ج1 ص 333. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج2 ص 559. خليل بن اسحاق، مختصر خليل، ت: أحمد جاد، ط1 القاهرة: دار الحديث، 2005 م ص 92.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة: دار الكتب العلمية 1964م، ج 8

قادر على أداء الجزية يجوز إقراره على دينه ليس مجنوناً ولا مغلوباً على عقله ولا مترهباً منقطعاً في دير" (1).

فالاتفاق حاصل بين ابن حزم والمالكية؛ حول العقل والبلوغ والكتابي، وما عدهما من الصفات مختلف فيها بينهما.

وإذا وضح مناط التكليف بالجزية، فلننظر في الأدلة التي اعتمدها ابن حزم والمالكية، في تأسيسهما الفقهي لشروط الملزم بالجزية (الذمي).

1- أدلة ابن حزم في تأسيسه الفقهي لشروط الذمي:

أ - قوله تعالى: ﴿ قَنِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ (التوبة: 29) خطاب متعلق بأهل الكتاب بمقتضى ظاهر اللفظ.

ب- لما كان مناط تكليف المخاطب بأحكام الشريعة طلباً وكفاً، هو العقل والبلوغ، استوى في لزومها الرجل والمرأة على حد سواء ولم يفترقا في الأحكام إلا ما فرقه الشارع بينهما، لما تقتضيه طبيعة كل واحد منهما الخلقية، ولم يأت نص يفرق بينهما في الجزية. وهو المستفاد من قول ابن حزم: " ولا خلاف في أن الدين لازم للنساء كلزومه للرجال ولم يأت نص بالفرق بينهم في الجزية" (2).

ج- قوله ﷺ: " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، وقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، ويؤمنوا بما أرسلت به - فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحقها وحسابهم على الله" (3). فالناس لفظ عام يشمل كل من تحققت فيه صفة

(1)-القراي، الذخيرة، ج 3 ص 451.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 5 ص 415.

(3)-صحيح البخاري، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم، ج 1 ص 14.

البشرية، فهي مناط الخطاب بالوحي الإلهي، أما غيرها من الأوصاف التي تحققت بها النفس اختياراً أو اضطراراً، فهي غير مؤثرة في الحكم، فلا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية رجل دون امرأة، أو حر دون عبد، أو غني دون فقير أو عالم دون جاهل.

د- لا خلاف بين أحد أن أموال النساء في حال الكفر مغنومة كأموال الرجال، ولا يعصم دماءها وأموالها إلا الجزية⁽¹⁾.

2: أدلة المالكية في تأسيسهم الفقهي لشروط الذمي.

أ- الخطاب بأحكام الجزية لازم لعموم الناس الذين لم تتحقق فيهم صفة الإيمان، لقوله ﷺ حين إرساله الجيوش للغزو، أن أهل البلد مخيرون بين ثلاثة أمور الإسلام أو الجزية أو القتال⁽²⁾، عن سليمان بن بريدة، عن أبيه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المؤمنين خيراً. ثم قال: اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا، ولا تغدروا ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً. وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال، فأيتهن ما أحابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم: ادعهم إلى الدخول في الإسلام، فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم، ... فإن هم أبوا فسلهم الجزية، وإن هم أحابوك فاقبل منهم، وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم»⁽³⁾.

ب- تعتبر الجزية بدلاً عن القتل، فالنساء والصبيان والراهب المنقطع في دير، منهي عن قتلهم أصالة فلا تجب في حقهم الجزية. وفي ذلك يقول ابن رشد: "وأما لا تجب على النساء، ولا على الصبيان، إذا كانت إنما هي عوض من القتل، والقتل إنما هو متوجه بالأمر نحو الرجال البالغين، إذ قد نهي عن قتل النساء والصبيان، وكذلك أجمعوا أنها لا تجب على العبيد"⁽⁴⁾.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 5 ص 418.

(2) - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 2 ص 478.

(3) - صحيح مسلم، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث، ج 3 ص 1375.

(4) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 166.

3: تحرير محل النزاع بين ابن حزم والمالكية.

لئن اتفق ابن حزم والمالكية في كون العقل والبلوغ والكتابي أوصافاً مؤثرة في الحكم؛ فقد اختلفا فيما عداها، وسبب اختلافهم: معارضة العموم للخصوص، أما العموم فقوله تعالى: ﴿وَقَنَلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كَلِمَةً لِلَّهِ﴾ (الأنفال: 39). وأما الخصوص فقوله ﷺ لأمرء السرايا الذين كان يبعثهم إلى مشركي العرب - "إذا لقيت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال..."⁽¹⁾ فذكر الجزية منها.

فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال: لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب؛ لأن الآي الآمرة بقتالهم على العموم هي متأخرة عن الحديث، فالأمر بقتال المشركين عامة، هو في سورة "براءة"، عام الفتح. وذلك الحديث إنما هو قبل الفتح، بدليل دعائهم فيه للهجرة.

ومن رأى أن العموم يبني على الخصوص تقدم أو تأخر، أو جهل التقدم والتأخر بينهما - قال: تقبل الجزية من جميع المشركين⁽²⁾.

و الحاصل أن ابن حزم نظر إلى أن الأصل العام من الشريعة، هو تعلق خطابها بالرجل والمرأة على حد سواء، فألزمهما حكم الجزية إذا كانا كتابيين. أما المالكية فنظروا إلى مقصد جزئي وهو أن الجزية فرضت في حق المقاتلين، الذين شهروا السلاح في وجه الدعوة الإسلامية، فكانت الجزية ألزم بالرجال دون النساء، وغيرهم من المستضعفين، الذين لا يلزمهم حكم القتال.

(1) - سبق تخريجه

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2 ص 151.

ثانيا: مقدار الجزية.

من المعلوم أن الجزية من العقود التي أنشأها الشارع بين الإمام وأهل الذمة، وقضى بصحتها تحقيقا للمصلحة المتوقعة المتبادلة بينهما؛ ممثلة في حفظ نفس الذمي وعقله ونسله من جهة. وحفظ المال بجلبه على الدولة المسلمة، ودفع أذى فسادته عن الذمي، وحفظ الدين بنشره وسيادته من جهة ثانية. والجزية من الواجبات غير المقدرة، وهي مما أنيط بالإمام حسب ما يراه من مصلحة، تقتضي مقدارا معيناً يفرضه على أهل الذمة، نظير ما يقدم لهم من خدمات.

وهي عند ابن حزم مما يجب على كل محتلم؛ كما قال: " وصح أن النبي ﷺ لما أمر بأخذ دينار من كل محتلم منهم ومحتلمة، علمنا أن ما دون الدينار ليس هو الجزية المحرمة لدمائهم وأموالهم، ولم يكن لأقصى الجزية وأكثرها حد يوقف عنده... ووجب أن يفرض على من يطبق أكثر من دينار من أهل العنوة ما أطاق ما لا يحفف به"⁽¹⁾. وذلك لما ثبت عنه ﷺ أنه افترض على كل حامل دينار⁽²⁾، فكان هو الحد الأدنى لمقدار الجزية.

و هذا بخلاف المالكية فمقدار الجزية عندهم على أهل الذمة الذين تحققت فيهم أوصاف الذكورية والحرية والبلوغ والعقل، هي أربعة دنانير على أهل الذهب، وأربعون درهما على أهل الفضة، قال الإمام مالك: "ولا يزداد عليهم في الجزية على فريضة عمر بن الخطاب رحمه الله تعالى"⁽³⁾.

وهل للمشقة واليسر؛ تأثيرا في المقدار المعين من الجزية؟ محل خلاف داخل المذهب، قال ابن جزري: "أداء الجزية عن يد وهم صاغرون، وهي أربعة دنانير في كل عام على كل رأس من أهل الذهب وأربعون درهما على أهل الفضة، ولا يزداد على ذلك لقوة أحد ولا ينقص

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 139 - 140.

(2)- المستدرک على الصحيحين، كتاب الزكاة، ج 1 ص 555.

(3)- القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ت: عبد الفتاح محمد الحلو وآخرون، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1999 م، ج2 ص 215.

لضعفه"⁽¹⁾. وخالفه القرافي بقوله: "وأكثر الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب، وأربعون درهما على أهل الورق ولا يزداد على ذلك، ويخفف على الضعيف بالاجتهاد. قال ابن القاسم: لا ينقصون من فرض عمر رضي الله عنه لعسر ولا يزداد لغني. وقال القاضي أبو الحسن: لا حد لأقلها، لأن فعل عمر رضي الله عنه إنما كان بالاجتهاد، فيجتهد غيره من الأئمة بحسب الحال"⁽²⁾.

فالحد الأدنى المتفق عليه بين ابن حزم والمالكية هو دينار، وما زاد فهو محل خلاف، ورفع راجع للحاكم في تقدير ما يناسب مصلحة الدولة.

الفرع الثاني: حكم مانع الجزية.

يعتبر التمرد والتعالي؛ من المسلم أو الذمي على نظام الدولة المسلمة، جريمة توجب العقاب، للإخلال بنظام الأمة. ومنع الجزية بنية التمرد، ينقل الذمي من حكم عصمة الدماء والأموال إلى حكم آخر أوجب النص، وهو الإسلام أو القتل، وفي ذلك يقول ابن حزم: "ما لم ينقضوا ذمتهم فيعودوا بنقضها إلى ما كانوا عليه قبل الذمة بالإجماع والنص"⁽³⁾.

وللقرافي نظرة تحليلية صائبة في بيان حكم الذمي، إذا نقض عهده، وهي توافق اجتهاد ابن حزم، وتزيد عليه بيانا. قال: "عقد الجزية عاصم للدماء كالإسلام، وقد ألزم الله تعالى المسلم سائر التكاليف في عقد إسلامه، كما ألزمتنا الذمي هذه الشروط في عقد أمانه... وتنقسم شروطه إلى ما ينافيه كالقتال والخروج عن أحكام السلطان، فإن ذلك مناف للأمان والتأمين وهما مقصود العقد، وإلى ما ليس بمناف للأمان والتأمين وهو عظيم المفسدة، فهو كالكبيرة بالنسبة إلى الإسلام كالحراقة والسرقعة، وإلى ما هو كالصغيرة بالنسبة إلى الإسلام كسب المسلم وإظهار الترفع عليه، فكما أن هذين القسمين لا ينفيان الإسلام، ولا يبطلان عصمته للدماء

(1)- ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 104.

(2)- القرافي، الذخيرة، ج 3 ص 354.

(3)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 158.

والأموال، فكذلك لا يبطلان عصمة عقد الجزية ولا يبطلانه لعدم منافاتها له. والقاعدة أنه لا يبطل عقدا من العقود إلا ما يناهض مقصوده"⁽¹⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ -القراي، الذخيرة، ج 3 ص 461-462.

المبحث الثاني: الإلزام بدفع النفقة والوصية وأموال الجنائيات

الإلزام بدفع النفقة والوصية وأموال الجنائيات، متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم. وفي ما يلي بيان ذلك.

المطلب الأول: الإلزام بدفع النفقة

النفقة من الأحكام الشرعية الطلبية الواجبة غير المقدرة، ومناطق التكليف بها هو صيانة وجود المنفق عليه، بما لا يعود على أصل وجوده بالفساد والإبطال. والمخاطب بأحكامها هو الفرد والجماعة وأصحاب الولايات العامة.

أ- الفرد: وتكون في حقه من الواجبات العينية، التي يأثم بتركها ويثاب بفعلها، ويطلب ديانة أو قضاء بأدائها، ومناطق تكليفه بها هو القدرة المالية وتحقق صلة الرحم والقربة. أو تحقق المسؤولية عن الملك.

ب- الجماعة: وتكون في حقهم من الواجبات الكفائية، ويسقط حق أدائها بمجرد قيام البعض بها، ومناطق التكليف بها: هو القدرة المالية وتحقق واجب التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع. وفي ذلك يقول ابن حزم: "وجوب قيام ذوي الفضل من المال بمن لا مال معه، يقوم منه بنفسه وعياله، فإذا ذلك كذلك فالمحتاج إنما يسأل حقه الواجب، ودينه اللازم، الذي على الحاكم أن يحكم له به، وله أخذه كيف قدر إن منعه، فلا غضاضة عليه في ذلك"⁽¹⁾.

ج- أصحاب الولايات العامة: من حاكم وولاة، وهو ما يعبر عنهم بالشخص العيني أو الاعتباري بحكم مناصبهم، فتكون النفقة في حقهم واجبا عينيا لا كفائيا، فالدولة مطالبة بالنفقة على رعيته بما يقيم مصالحهم، فمناطق التكليف إذن هو واجب القيام بشؤون الرعية. وهو المستفاد من قول ابن حزم: "وأما السلطان فليس يسأل من ماله شيء، إنما بيده أموال

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 121.

المسلمين، فلا حرج على المسلم أن يسأل من أموال المسلمين الذين هو أحدهم"⁽¹⁾.

ومنه نسير إلى بيان ضوابط ومراتب وجوب النفقة في حق الفرد .

الفرع الأول: ضوابط ومراتب وجوب النفقة في حق الفرد.

أولاً: نفقة الفرد على نفسه.

وجوب نفقة المكلف على نفسه، ضابط فقهي، متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية، ومناط وجوبه، صيانة المخاطب به بما يحفظ عليه معاشه ومتطلبات حياته. وهو المستفاد من قول ابن حزم: "ومن لا شيء له يقوم به على نفسه ففرض عليه طلب المعاش من حله"⁽²⁾. ويجبر على العمل إذا توفرت له القدرة الجسدية، وهو ما أشار إليه حين قال: "ومن كان فقيراً قادراً على الخدمة، يقعد كلا على الناس بلا معنى، فليجبره السلطان على طلب معاشه"⁽³⁾. وفي ذات السياق يقول القيرواني: "وعلى كل محتلم نفقة نفسه"⁽⁴⁾. أما المشرع الجزائري فلم يذكر في مواده القانونية ما يفيد وجوب نفقة الفرد على نفسه، بل أقصى ما أشار إليه، هو الحق في طلب المعاش، لا على سبيل الإلزام، جاء في المادة 69 من القانون الدستوري: " لكل المواطنين الحق في العمل"⁽⁵⁾.

فإذا تبين لنا تحقق واجب النفقة في حق الفرد، فمتى يلزم بالنفقة على الغير؟.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 121.

(2)- ابن حزم، المحلى، ص 93 .

(3)- ابن حزم، الإيصال، إدارة المخطوطات والمكتبات الإسلامية بوزارة الأوقاف الكويتية، ص 38.

(4) - القيرواني، النوادر والزيادات، ج 5 ص 67.

(5)- الجريدة الرسمية قانون رقم 16 - 01، مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق ل 6 مارس 2016، يتضمن

التعديل الدستوري، عدد 14 سنة 53. ص 14.

ثانيا: موجبات نفقة الفرد على الغير.

أما واجب النفقة على الغير، فيتحدد عند ابن حزم وفق ضابطتين وهما: أن يكون المنفق عليه من ذوي رحمه وقرابته لقوله ﷺ: "يا أيها الناس يد المعطي العليا، وابدأ بمن تعول: أمك، وأباك، وأختك، ثم أدناك أدناك"⁽¹⁾، وأن يكون لا مال له، ولا عمل بيده بتاتا. ومن ثم فإن الأفراد الذين يشملهم واجب النفقة يتحدد وفق المراتب التالية⁽²⁾:

- يلزم بالنفقة على والديه، وأجداده وجداته وإن علوا، وعلى البنين والبنات وإن سفلوا، والإخوة والأخوات والزوجات، قال ابن حزم: "كل هؤلاء يسوي بينهم في إيجاب النفقة عليهم، ولا يقدم منهم أحد على أحد، قل ما بيده بعد موته أو أكثر"⁽³⁾.

و المرتبة الموالية التي يجبر بالنفقة عليها، هي ذوي رحمه المحرمة ومورثيه، "والمورثون هم: من لا يحجبه أحد عن ميراثه إن مات من عصابة أو مولى من أسفل، فإن حجب عن ميراثه لوارث، فلا شيء عليه من نفقاتهم"⁽⁴⁾. وهم الأعمام والعمات وإن علوا، والأخوال والخالات وإن علوا، وبنو الإخوة وإن سفلوا.

و إلزامية النفقة في حق الفرد، تستوجب تحقيق التوازن، بين مصلحة المنفق عليه في القيام بمعاشه وضروريات حياته، وبين دفع الضرر عن المنفق، فلا يعود عليه الإنفاق بالفساد والهلاك. وهو ما بينه ابن حزم بقوله: "و يباع عليه... ما به عنه غنى من عقاره وعروضه وحيوانه، ولا

(1)- مسند بن أبي شيبة، ت: عادل بن يوسف العزازي وأحمد بن فريد الزبيدي، ط1، الرياض: دار الوطن، 1997م، ج 2 ص 145.

(2)- قال ابن حزم: " فأخبر - عليه الصلاة والسلام - أمرا بأن يبدأ بمن يعول، وهم: الأبوان، والإخوة، فصح يقينا أن هؤلاء مبدون مع الولد والزوجة. وقد بينا قبل أن كل جدة " أم " وكل جد " أب " وكل ابن ابنة وابن " ابن " وابنة ابن ابنة " ابنة " كلهم ابن وابنة - فصح نضا ما قلنا. وأن بعد هؤلاء: الأذن الأذن، وفي هؤلاء يدخل كل ذي رحم محرمة، من: عم وعمة، وخال وخالة، وابن أخت و بنت أخت، وابن أخ وابنة أخ يقينا ". المحلى ج 9 ص 273.

(3)- ابن حزم المحلى، ج 9 ص 266.

(4)- المصدر نفسه، ج 9 ص 266.

يباع عليه من ذلك ما إن بيع عليه هلك وضاع"⁽¹⁾.

أما واجب النفقة عند المالكية⁽²⁾ فينحصر في الأبوين والزوجة والأولاد فقط. وهو أقل ما قيل في من لهم الحق في النفقة، ويعتبر الحد الأدنى المتفق عليه مع ابن حزم والمشرع الجزائري. فالنفقة على هؤلاء عند المالكية؛ من إلزامات الشارع للمخاطب بأحكام الشريعة، فما زاد عنهم فهو يندرج ضمن التزامات المكلف لا غير. وهو ما أوجبه المكلف على نفسه، لا ما أوجبه عليه الشرع. وقد عبر عنه القيرواني بقوله: "ولا يلزم الرجل النفقة إلا على زوجته، كانت غنية أو فقيرة، وعلى أبويه الفقيرين، وعلى صغار ولده الذين لا مال لهم، على الذكور حتى يحتلموا ولا زمانة بهم، وعلى الإناث حتى ينكحن ويدخل بهن أزواجهن، ولا نفقة لمن سوى هؤلاء من الأقارب، وإن اتسع فعليه إخدام زوجته"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري؛ فنجده قد حدد الأفراد، الذين يشملهم واجب النفقة في قانون الأسرة، بما نص عليه في المادة 74 بقوله: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة". وأيضاً في المادة 75 بقوله: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". فنص المشرع واضح وصريح في أن واجب النفقة يشمل الزوجة والأولاد. إلا أنه في المادة 77 قال: "تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة". غير أنه لم يحدد ما المقصود بالفروع والأصول، وما هي درجة القرابة. وبالرجوع إلى

(1) -المصدر السابق، ج 9 ص 267.

(2) -الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 2 ص 265-266. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 628. القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 938. ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 4 ص 73. ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ت: محمد عبد السلام محمد، ط 1، القاهرة: دار الآفاق العربية، 2011م ص 85.

(3) -القيرواني، الرسالة، ص 101.

المادة 222 والتي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية". فالأصول والفروع يردان في الفقه الإسلامي على الأبوين والأجداد وإن علوا، والأبناء والحفدة وإن سفلوا. فالقاضي له سلطة تقديرية في تنزيل النص وفق ما يراه من تحقيق مصلحة ودفع مفسدة. وهو ما أشار إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بقوله: "إن النفقة على الأصول واجبة؛ حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والإرث، وأن القضاء بإسقاط حق الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحق مقرر لها شرعا وقانونا، هو حكم باطل ومخالف للشرع والقانون"⁽¹⁾. وإن كان معهود الناس أن ينفق الابن على الأب، فإذا أنفق على الجد، فهو من باب التزامه لا إلزامه في عرفهم.

فهناك اتفاق جزئي؛ بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، حول الأفراد الذين يشملهم واجب النفقة، وهم الزوجة والأولاد والأبوين. وما عداه مختلف فيه.

فمحل النزاع بين ابن حزم والمالكية، هو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: 233). فذهب ابن العربي المالكي إلى: "أن قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ لا يرجع إلى جميع ما تقدم كله؛ وإنما يرجع إلى تحريم الإضرار. فالمعنى: وعلى الوارث من تحريم الإضرار بالأم ما على الأب. وهذا هو الأصل"⁽²⁾.

أما ابن حزم فقد تحقق بالقاعدة الأصولية كل عموم فهو ظاهر، والظاهر هنا يمثل الحقيقة الشرعية لا الحقيقة اللغوية، فالزم المقتدر ماليا النفقة على مورثيه وهم ذوي رحمه وقرابته. مستدلا بأنه: "ليس في المضارة أكثر من أن يموت موروثه جوعا وبردا - وهو غني - فلا يرحمه بأكلة، ولا بشيء يستره به ويمنع منه الموت من البرد، وهذا عين المضارة، بلا شك عند

(1)- أحمد لعور ونبييل صقر، الدليل القانوني للأسرة، الجزائر: دار الهدى، قرار رقم 254643 بتاريخ 2000/11/21. ص 93.

(2)- ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1 ص 276.

أحد⁽¹⁾. فنص ابن حزم هنا جلي، في التزامه بمقاصد الشريعة في المحافظة على النفس، بإلزامه

المكلف بالنفقة على ذوي رحمه، فالوسيلة هنا تأخذ حكم المقصد من الوجوب.

أما التشريع الجزائي؛ فقد اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية من مصادره، ممثلة في الفقه الإسلامي، وما نص عليه هو قول الشافعية، في قصرهم واجب النفقة على عمودي النسب، الأصول علوا والفروع نزولا. وهو المنصوص عليه في أقوالهم: " يجب على الأولاد نفقة الوالدين وإن علوا ذكورا كانوا أو إناثا، وعلى الوالدين نفقة الأولاد وإن سفلوا ذكورا، كانوا أو إناثا"⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق؛ تبين لنا أن اجتهادات ابن حزم الفقهية المبنية على نصوص الشريعة، لتحديد الأفراد الذين يشملهم واجب الإنفاق عليهم، أكثر اتساعا ومرونة وتحققا بمقاصد الشريعة، في العناية بمصالح من أعوزتهم الحاجة، من اجتهاد السادة المالكية الذين ضيقوا كثيرا دائرة الأفراد المنفق عليهم.

وفيما يلي، نتناول أحكام النفقة على الزوجة أمودجا. لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين التشريعات الثلاثة.

ثالثا: أحكام النفقة على الزوجة أمودجا.

من أبرز ما تناوله ابن حزم، من مسائل أحكام النفقة المتعلقة بالزوجة، ما يلي:

- تداول واجب النفقة بين الزوجين.

- النفقة على الزوجة الغنية.

- النفقة على الزوجة الناشز.

- حكم الممتنع عن النفقة.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 274.

(2)- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيروت: دار المعرفة، 1990م، ج 5 ص 94. الشيرازي، التنبيه في فقه الشافعي، دط، عالم الكتب، دت، ص 209.

1- تداول واجب النفقة بين الزوجين.

القاعدة الأصلية في حكم النفقة بين الزوجين، أنها واجبة على الزوج دون الزوجة، وينفق عليها بحسب حاله. وهي قاعدة متفق عليها في كليتها، بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: " وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعوى إلى البناء أو لم يدع... على قدر ماله، فالموسر: خبز الحواري، واللحم، وفاكهة الوقت - على حسب مقداره - والمتوسط على قدر طاقته، والمقل أيضا على حسب طاقته"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الخطاب: " نفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها"⁽²⁾ وهو المنصوص عليه في المادة 74 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة". وفي حالة إعسار الزوج؛ فإن التكييف الفقهي يختلف بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

فذهب ابن حزم إلى أن الزوجة تصبح مطالبة، وملزمة بالنفقة على زوجها، وهو المستفاد من قوله: "فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر"⁽³⁾ ويجد ابن حزم السند الشرعي في إلزامية الزوجة بالنفقة على زوجها في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: 233). قال - رحمه الله -: " فالزوجة هنا وارثة فعليها نفقته بنص القرآن"⁽⁴⁾.

وما استدل به الأستاذ عز الدين عبد الدايم، من أن ابن حزم استند على قاعدة الغرم

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 249.

(2)- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 2 ص 404.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 254.

(4)- المصدر نفسه، ج 9 ص 254.

بالغنم، لإيجاب نفقة الزوج المعسر على زوجته⁽¹⁾ لا يخلو من نظر، ذلك أن هذه القاعدة لا تثبت عنده إلا في باب الرهن² فقط، وما عداه فقد أبطله ورده⁽³⁾، فهي واردة في محلها، فلا يتعدى بحكمها إلى غيرها من المعاملات المالية طبقاً لقاعدة الاسم الأخص.

ولعله أقرب ما يكون إلى قواعد ابن حزم في استنباط الحكم الشرعي، بوجوب نفقة الزوجة الموسرة على زوجها المعسر، هو الدليل المولد من النص وهو "عكس القضايا،" فالقضية الكلية الموجبة، تنعكس إلى قضية جزئية موجبة، ولا تنعكس إلى قضية كلية موجبة أبداً، وإلا صارت كاذبة حتماً، وبيان ذلك ما يلي:

القضية الكلية الموجبة: كل الأزواج ينفقون على زوجاتهم.

القضية الجزئية الموجبة: بعض الزوجات ينفقن على أزواجهن.

فإذا انعكست القضية إلى: "كل الزوجات ينفقن على أزواجهن". صارت قضية كاذبة ومخالفة لأحكام الشرع.

و التداول على واجب النفقة بين الزوجين، من شأنه أن يحافظ على استقرار الأسرة وثباتها في كليتها، سواء من الناحية المادية، أو من الناحية المعنوية فلا يحس الرجل بالدنية حينما تنفق زوجته عليه. و بالمقابل لا تحس الزوجة بتعاليتها على زوجها. وإن اجتهاد ابن حزم بمنهجه الظاهري موافق لمقاصد الشريعة في الحفاظ على الأسرة من جانب الوجود والعدم.

أما المالكية⁽⁴⁾ فحاصل مذهبهم هو التفريق بين الزوجين في حال إعسار الزوج، جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "وأما الإعسار بالنفقة: فقال مالك... يفرق بينهما"⁽⁵⁾ لو تزوجت

(1) - عز الدين عبد الدائم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، ط 1، الجزائر: دار كردادة، 2011 م هامش ص 15.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 379.

(3) - المصدر نفسه، ج 8 ص 141.

(4) - راجع: المدونة، ج 2 ص 180. التلقين في الفقه المالكي، ج 1 ص 119. الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 561.

(5) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3 ص 74 - 75.

فقيرا علمت بفقره فإنها لا تطلق عليه بالإعسار بالنفقة⁽¹⁾ ولها الخيار في المقام معه أو فراقه فإن أقامت معه فنفتتها عليها⁽²⁾، ويعتبر طلاق الزوج طلاقاً رجعياً وله الرجعة إن أيسر⁽³⁾.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري، موافق للمذهب المالكي في نص المادة 53 (معدلة)⁽⁴⁾:
"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج"⁽⁵⁾. ويوافق اجتهاد ابن حزم جزئياً من جهة ثانية، في إيجابه نفقة الأولاد على الأم في حالة إعسار الزوج، وهو المنصوص عليه في المادة 76 من قانون الأسرة: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

ويصير إلى اجتهاد ابن حزم، حفاظاً على الأسرة، بضابط هو تحقق القدرة المالية للزوجة، أما إن تعذر ذلك ووقع ضرر عظيم عليها، فلها حق طلب الطلاق بحسب المذهب المالكي، وإن كان يستحب لها الصبر والاحتساب، وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: "عن الحسن البصري أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته؟ قال: تواسيه تتقي الله عز وجل وتصبر وينفق عليها ما استطاع"⁽⁶⁾.

2- النفقة على الزوجة الغنية ومن في حكمها.

غنى الزوجة أو فقرها، صفتان غير مؤثرتان في وجوب النفقة عليها. وهو حكم متفق عليه كلياً بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري. وفي هذا المعنى يقول أبو زيد القيرواني: "ولا يلزم الرجل النفقة إلا على زوجته كانت غنية أو فقيرة..."⁽⁷⁾. وفي ذات السياق يقول ابن

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1 ص 109.

(2) - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 2 ص 373.

(2) القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، ج 1 ص 119.

⁴ عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، (ج ر 15 ص 21).

(5) - عدلت بالأمر رقم 05-02 للمؤرخ في 27 فبراير 2005م (ج ر 15 ص 21).

(6) - ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 261.

(7) - القيرواني، الرسالة، ص 101.

حزم في نص نفيس له، عن حق المرأة في مال زوجها: " إن الله تعالى افترض في القرآن والسنة التي أجمع أهل الإسلام عليهما إجماعاً مقطوعاً به متيقناً، أن على الأزواج نفقات الزوجات وكسوتهن وإسكانهن وصدقاتهن، وجعل لهن الميراث من الرجال كما جعله للرجال منهن سواء بسواء فصار بيقين من كل ذي مسكة عقل، حق المرأة في مال زوجها واجبا لازماً، حالاً يوماً بيوم، وشهراً بشهر، وعاماً بعام، وفي كل ساعة، وكرة الطرف، لا تخلو ذمته من حق لها في ماله. بخلاف منعه من مالها جملة وتحريمه عليه، إلا ما طابت له نفسها به، ثم ترجو من ميراثه بعد الموت كما يرجو الزوج في ميراثها ولا فرق. فإن كان ذلك موجبا للرجل منعها من مالها فهو للمرأة أوجب، وأحق في منعه من ماله إلا بإذنها؛ لأن لها شركاً واجباً في ماله، وليس له في مالها إلا التب والزجر"⁽¹⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية؛ في وجوب النفقة على الزوجة الغنية، فلم يقيدتها بأي صفة، وهو المستفاد من نص المادة 74 من قانون الأسرة. كما أن الإجتهد القضائي للمحكمة العليا قضى بأنه: "من المقرر شرعاً أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف، بحجة يسار الزوجة الطاعنة رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده، أخطأوا في تطبيق القانون"⁽²⁾.

فغنى الزوجة ويسرها سواء كان بسبب ميراث، أو وصية، أو هبة، أو غيرها من أسباب التملك، لا يعد مانعاً تبطل النفقة به، فالموانع نصبها الشارع باسمها، وجعل تحققها مانعاً من ثبوت الحكم الشرعي.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 289.

(2)- أحمد لعور ونبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دط، الجزائر: دار الهدى، دت، ملف 237148 قرار 2000/02/22 م، ص 96.

3- نفقة الزوجة الناشز.

النشوز هو: "منع الوطاء والاستمتاع والخروج بغير إذن الزوج"، بحسب ما عرفه المالكية⁽¹⁾، فكان مانعا من النفقة عندهم، خلافا لابن حزم، الذي لم يعتبره صفة مؤثرة في الحكم. في حين اعتبره المشرع الجزائري سببا موجبا للتطليق.

استدل ابن حزم؛ على أن صفة النشوز غير مؤثرة في الحكم الشرعي بوجوب النفقة بدليل نصي، وهو أن النص قد حصر حكم الناشز في ثلاثة مراتب وهي: الوجد والهجور والضرب فقط. لا المنع من النفقة، وهو المستفاد من قوله: "وقد بين الله عز وجل ما على الناشز فقال: **ثُذِّفَتْ فَفُفَقَفَ قَفَقَفَ جَجَجَ جَجَزَ** (النساء: 34). فأخبر عز وجل أنه ليس على الناشز إلا الهجر والضرب، ولم يسقط عز وجل نفقتها ولا كسوتها - فعاقبتموهن أنتم بمنعها حقها، وهذا شرع في الدين لم يأذن به الله، فهو باطل"⁽²⁾.

أما المالكية³ فقد اعتبروا نشوز الزوجة من مسقطات النفقة عنها، لمعارضة مفهوم الموافقة للعموم، وهو ما بينه ابن رشد بقوله: "وسبب الخلاف: معارضة العموم للمفهوم، وذلك أن عموم قوله - عليه الصلاة والسلام -: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽⁴⁾ يقتضي أن الناشز، وغير الناشز في ذلك سواء، والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع، يوجب أن لا نفقة للناشز"⁽⁵⁾.

فاجتهاد ابن حزم له وجهته من حيث قوة الدليل. فالنص صريح في حكم الناشز، ولا

(1)- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: حميد لحر، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 2003 م ج2 ص 603. المواك المالك، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ج5 ص 551.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 114.

(3)- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4 ص 187. محمد بن عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دط، بيروت: دار الفكر، 1989م، ج 4 ص 190.

(4)- صحيح مسلم، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج2 ص 886.

(5)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3 ص 77.

يحتمل التأويل، وما ذكره المالكية لا يعدو كونه اجتهادا، بتخصيص عموم النص بعلة ظنية، مفادها أن مناط النفقة على الزوجة هو التمكين من الوطاء والاستمتاع.

أما حكم النشوز عند المشرع الجزائري؛ فقد مر بمرحلتين: مرحلة التشريع الأولي حين اعتبره من مسقطات النفقة، وهو مانص عليه في المادة 37 من قانون الأسرة المؤرخ في 1987: " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه، إلا إذا ثبت نشوزها" ثم مرحلة التعديل قانون رقم 05-02 والذي يقضي بأن النشوز من موجبات التطلاق وهو ما عبر عنه في نص المادة 55 بقوله: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر."

و بناء عليه؛ يفهم من هذه المادة أنه إذا كان الطلاق يترتب على النشوز، فإنه يترتب عليه أيضا إسقاط حقها في النفقة بسبب امتناعها عن استئناف الحياة الزوجية. شريطة أن يتحمل الزوج عبء إثباته، ولا يثبت إلا بعد تبليغها بالحكم الصادر ضدها، عن طريق المحضر القضائي بالرجوع إلى بيت الزوجية، فإذا رفضت ذلك فعلى المحضر تحرير محضر امتناع، ويسلم نسخة منه للزوج حتى يتمكن من تقديمه كدليل إثبات نشوز الزوجة لإسقاط حقها في النفقة⁽¹⁾. وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرار لها، والذي قضى بأن سقوط النفقة، لا يكون إلا بعد امتناع الزوجة، عن تنفيذ الحكم القضائي بوجوب رجوعها لحل الزوجية⁽²⁾.

فهنا يختلف المشرع الجزائري مع اجتهاد ابن حزم، ويتفق مع المذهب المالكي في اعتبار النشوز مانعا من النفقة، وما نصه على إجراءات إثبات النشوز، إلا من باب المصالح المرسله، وفق قاعدة تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة.

4- حكم مانع النفقة عن الزوجة:

الامتناع عن نفقة الزوجة؛ مفسدة يجب دفعها ورفع ضررها، بالتمكين لها حالا، أو

(1)- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، 2006 م، ص 272 - 275.

(2)- المجلة القضائية، العدد 4 سنة 89، ملف رقم 33762 قرار بتاريخ 09/07/1984 م.

باعتباره ديناً لها مآلاً، متى قدرت عليه استوفته كباقي الغرماء. وهو المستفاد من قول ابن حزم: "ومن منع النفقة والكسوة - وهو قادر عليها - فسواء كان غائباً. أو حاضراً هو دين في ذمته، يؤخذ منه أبداً ويقضى لها به في حياته وبعد موته، ومن رأس ماله يضرب به مع الغرماء، لأنه حق لها فهو دين قبله"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول القرافي مبرزاً للأحكام الفقهية، المستنبطة من قوله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان، حينما جاءت تشكو زوجها في نفقة عليها وولدها: "خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽²⁾ فاستدل القرافي على جواز: "ذكر العيب عند الحاجة، لأنه عليه السلام لم ينكر عليها ذم الشح ومنع الحق، وعلى وجوب نفقة الزوجة والولد على الزوج والوالد قدر الكفاية، لقوله عليه السلام ما يكفيك وولدك، وعلى جواز قضاء القاضي بعلمه لاكتفائه بعلمه عليه السلام عن البينة، وعلى القضاء على الغائب لأنه لم يكن حاضراً، وعلى أخذ جنس الحق وغير جنسه إذا ظفر به من الملك، لأنه عليه السلام أذن لها في أخذ ما يكفيها، وهو أجناس من نفقة وكسوة وغيرهما"⁽³⁾.

وأما المشرع الجزائري، فقد تناول هذه الظاهرة في إطار قانون زجري، هو القانون الجنائي وكيفها على أنها جريمة إهمال الأسرة. طبقاً للمادة 330 (معدلة) والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من (2) شهرين إلى سنة (1)، وبغرامة مالية من 25.000 دج إلى 100.000 دج، الزوج الذي يتخلى عمداً، ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته، مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي"⁽⁴⁾. فالمشرع الجزائري؛ فرض عقوبة الحبس وغرامة مالية، وجعل لهما الحد الأدنى والحد الأعلى، وترك للقاضي السلطة التقديرية في تنزيل الحكم تبعاً للضرر الناتج عن الامتناع من نفقة الزوجة. فإذا رفض الزوج تطبيق الحكم القضائي الصادر في حقه، ارتفعت عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، والغرامة المالية من 50.000

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 253.

(2)- صحيح البخاري، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج 7 ص 65.

(3)- القرافي، الذخيرة، ج 8 ص 213.

(4)- عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 م (ج ر 84 ص 24).

دج إلى 300.000 دج. طبقاً للمادة 331 (معدلة) من قانون العقوبات⁽¹⁾.

و عليه فالاتفاق الكلي؛ حاصل بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على وجوب تمكين الزوجة من نفقتها، سواء بنفسها بأن تأخذ كفايتها وأولادها، أو عن طريق القضاء. وإذا تبينت موجبات نفقة الفرد على نفسه وغيره، عند ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، اتفاقاً واختلافاً، فلنتقل إلى موجبات النفقة في حق الجماعة.

الفرع الثاني: وجوب النفقة في حق الجماعة

الخطاب بالفروض الكفائية على مستوى الجماعة، مما تميزت به الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي الجزائري، فهو مفتقر إلى هذا النوع من الواجبات، فمقتضى طلب الفعل والترك يتعلق بالفرد فقط.

ففروض الكفاية؛ من الأحكام الشرعية التكليفية الطلبية، غير المعينة وغير المقدرة، وإنما جعلت المصلحة العامة المرجو تحقيقها، هي الضابط الذي تتحدد به الجهة المخولة، كفاءة وكفاية للقيام بهذا الواجب الجماعي، انسجاماً مع الفطرة القاضية بالتعاون، لتحقيق الحاجات الأساسية التي لا تقوم الحياة إلا بها. وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: "لأن القيام بذلك الفرض قيام بمصلحة عامة، فهم مطالبون بسدها على الجملة، فبعضهم قادر عليها مباشرة، وذلك من كان أهلاً لها، والباقيون وإن لم يقدرُوا قادرُونَ على إقامة القادرين"⁽²⁾، وقد اعتبر ابن حزم القيام بمصالح الفقراء الضرورية، من مآكل وملبس ومسكن، من الفروض الكفائية المتعلقة في ذمة الجماعة، ومناطق تكليفهم بالنفقة، هو تحقق القدرة المالية لديهم والقيام بواجب التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع. ويجد ابن حزم في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: 2) سنده الشرعي في الإلزام. قال: "وفرض على الأغنياء من كل

⁽¹⁾ -عدلت بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 م، (ج ر 84 ص 24).

⁽²⁾ -الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 283.

بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين بهم. فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ومن اللباس للشتاء والصيف. يمثل ذلك، وبمسكن يكتنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة⁽¹⁾.

و مطالبة أهل الغنى واليسار بما يلزمهم اتجاه ذوي الحاجات الخاصة، ليس من قبيل العطف والإحسان، بل هو حق كفله الشارع على سبيل التمكين لهم، وهو ما أشار إليه ابن حزم بقوله: " وجوب قيام ذوي الفضل من المال بمن لا مال معه، يقوم منه بنفسه و عياله، فإذا ذلك كذلك فالمحتاج إنما يسأل حقه الواجب، ودينه اللازم، الذي على الحاكم أن يحكم له به، وله أخذه كيف قدر إن منعه، فلا غضاضة عليه في ذلك"⁽²⁾.

إن القيام بالفقراء والمحتاجين؟ بمقتضى الوجوب والإلزام، والتمكين لهم بالمطالبة به، من شأنه أن يحقق التوازن الاجتماعي، متى احتل النظام الأخلاقي للمجتمع.

و بهذا يظهر أن النفقة على أفراد المجتمع، كما هي واجبة على أغنياء الأمة؛ لتحقيق المصالح المعتبرة شرعا، ودفع المفسد الواقعة حالا أو مآلا، فهي من أكد واجبات الدولة كذلك، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

الفرع الثالث: وجوب النفقة في حق أصحاب الولايات العامة.

واجب قيام الولاية بشؤون الرعية، قاعدة فقهية متفق عليها، بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري. فالمال العام ملك للمسلمين لا لولي الأمر، وهو مانص عليه ابن حزم بقوله: " وأما السلطان فليس يسأل من ماله شيء، إنما بيده أموال المسلمين، فلا حرج على المسلم أن يسأل من أموال المسلمين الذين هو أحدهم"⁽³⁾. كما يتعين على الحاكم حماية أموال المسلمين، وهو المستفاد من قول ابن حزم: " ومن البر والتقوى: المنع من أذى الناس... ومن الإثم

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 281.

(2)- المصدر نفسه، ج 8 ص 121.

(3)- المصدر نفسه، ج 8 ص 121.

والعدوان: إهمال ذلك. فينظر في ذلك بما فيه حماية أموال المسلمين"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول القرافي: "كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية، لا يجلب له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة"⁽²⁾. وذلك كالنفقة على المشاريع العامة، من بناء سكنات، ومدارس، ومستشفيات، ومؤسسات علمية وخدمائية، وغيرها، مما يعود بالنفع العام على مجموع الأمة.

و تقسم النفقات العامة في التشريع الجزائري إلى قسمين: نفقات التسيير و نفقات التجهيز، وهذا مانصت عليه المادة الثالثة من قانون المحاسبة العمومية (21/90): "الميزانية هي الوثيقة التي تقدر للسنة المالية مجموع الإيرادات والنفقات الخاصة بالتسيير والاستثمار"⁽³⁾.

والمقصود بنفقات التسيير: النفقات التي تخصص للسير العادي والطبيعي لمرافق الدولة، مهمتها ضمان استمرارية سير مصالح الدولة من الناحية الإدارية. أما نفقات التجهيز فالمراد بها: النفقات التي لها طابع الاستثمار، يتولد عنها زيادة الناتج الوطني الإجمالي مما يزيد في ثروة البلاد، وبصفة عامة تخصص نفقات التجهيز للقطاعات الاقتصادية للدولة من أجل تجهيزها بالوسائل الضرورية وهذا قصد الوصول إلى تحقيق تنمية مستدامة"⁽⁴⁾.

وإذا وقع عجز في بيت مال المسلمين، تعين على الأغنياء القيام بواجب تحقيق التوازن المعيشي لأفراد المجتمع، فلا يعود عجز بيت المال عليهم بالفساد، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: "ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين"⁽⁵⁾، وإلى هذا ذهب القرافي بقوله: "يجب على الإمام؛ فك الأسرى من بيت مال المسلمين، فما نقص عن بيت المال، تعين في أموال جميع المسلمين على مقاديره." "في حين نجد أن المشرع

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 200.

(2)- القرافي، الذخيرة، ج 10 ص 43.

(3)- قانون رقم 90-21 الموافق 15 غشت 1990م متعلق بالمحاسبة العمومية .

(4)- راجع: جمال يرقى، أساسيات في المالية العامة وإشكالية العجز في ميزانية البلدية، تحت إشراف: د علي عبد الله، رسالة

ماجستير، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2002 م، ص 11.

(5)- ابن حزم، المحلى، ج 4 ص 281.

الجزائري، يعتمد على الضرائب والغرامات، كمورد من موارد الميزانية العامة للدولة، طبقا للمادة 78 من القانون الدستوري. والتي تنص على أن: "كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ويجب على كل واحد أن يشارك في التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الإلزام بدفع الوصية

من القواعد المقررة أن الأصل في ثبوت الأحكام الشرعية في حق المخاطبين بها؛ أنهم على البراءة الأصلية من وجوبها عليهم حتى يلزمهم الحكم نص أو إجماع. وعصمة الأموال من هذا القبيل؛ فهي ثابتة بالنص، فلا تنتقل من إنسان إلى غيره إلا بما قرره الشرع. والوصية من الأموال، التي أباحها الشارع لفائدة غير الورثة في مال الهالك، وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: "ولولا أن الله تعالى أذن لنا في الوصية بعد الموت لما جاز لنا أن نوصي بشيء، فأباح الله تعالى الثلث فما دونه فكان ذلك مباحا ولم ييح أكثر فهو غير مباح"⁽²⁾.

وبهذا تكون الوصية من الأحكام الشرعية التكليفية، التي يتحقق بموجبها، توازن انتقال الأموال بين الناس من جيل إلى جيل. فلا يختل مقصد الشارع، من المحافظة على الأموال ابتداء. وهذا متفق عليه بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في موجباتها، بين مضيق وموسع.

فحكم الوصية عند ابن حزم الوجوب المطلق⁽³⁾، وهو المستفاد من قوله: "وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هنالك من يحبهم

(1)-الجريدة الرسمية قانون رقم 16 - 01، مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق ل 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، عدد 14 سنة 53. ص 15 و 16.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 359.

(3)-جاء في رسالة ماجستير للطالبة ريم عادل الأزعر، والموسومة بعنوان الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، تحت إشراف: د مازن اسماعيل هنية، بالجامعة الإسلامية غزة قسم الفقه المقارن، مايلى: " من خلال التتبع والبحث، تبين أن موضوع الوصية، قد تطرق له الفقهاء القدامى، ولا يخلو كتاب من كتب الفقه من موضوع الوصية، لكن موضوع الوصية الواجبة لم يتطرق له الفقهاء القدامى نظرا لأنها من المسائل المستجدة " ص " و"، والحقيقة أن الطالبة قد جانبت الصواب كثيرا فهذا ابن حزم من القرن الخامس الهجري قال بوجوبها.

عن الميراث أو لأهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه"⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: 180). فالآية على عمومها تشمل جميع الأفراد، الذين تحقق فيهم شرط عدم الميراث إذ "لا وصية لوارث"⁽²⁾.

والأموال فقط هي التي تورث، أما منافع الأعيان فلا تنتقل إلى الورثة قال ابن حزم: "وإنما تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالاً"⁽³⁾، وصحة الموصي أو مرضه صفتان غير مؤثرتان في الحكم⁽⁴⁾، وذلك أن الفقهاء أجمعوا على جواز الوصية حال صحته، فوجب استصحاب حكم الإجماع حال مرضه، إلا أن يدل الدليل من كتاب أو سنة، على انفراد الموصي المريض بحكم مغاير⁽⁵⁾.

أما الوصية عند المالكية، فهي على الاستحباب ولا تأخذ حكم الوجوب، إلا إذا تعلق في ذمة الموصي ودائع وديون. وهو المستفاد من قول ابن العربي: "وأنها مستحبة إلا فيما يجب على المكلف بيانه أو الخروج بأداء عنه"⁽⁶⁾. وقول القرطبي: "اختلف العلماء في وجوب الوصية على من خلف مالا، بعد إجماعهم على أنها واجبة، على من قبله ودايع وعليه ديون. وأكثر العلماء على أن الوصية غير واجبة على من ليس قبله شيء من ذلك، وهو قول مالك والشافعي والثوري، موسرا كان الموصي أو فقيرا"⁽⁷⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 358-359.

(2)- سنن ابن ماجه، باب لا وصية لوارث، ج 2 ص 905. سنن الترمذي، باب ما جاء لاوصية لوارث، ج 3 ص 504.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 360.

(4)- المصدر نفسه، ج 7 ص 108.

(5)- حسن بن إبراهيم الهنداوي، دليل الاستصحاب وفاعليته في الاجتهاد عند الإمام ابن حزم الظاهري، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، 2013م، ص 232.

(6)- ابن العربي، أحكام القرآن، ج 1 ص 102.

(7)- القرطبي، الجامع لأحكام، ج 2 ص 259.

في حين نجد أن المشرع الجزائري؛ يوافق ابن حزم في الوصية الواجبة، في حالة وحيدة فقط، وهي حالة تزييل الحفدة في نصيب أبيهم المتوفي حين وفاة الجد، على ألا يزيد نصيبهم عن الثلث. وهو المنصوص عليه في المادة 169 من قانون الأسرة: "من توفي وله أحفاد؛ وقد توفي مورثهم قبله أو بعده وجب تزييلهم منزلة أصلهم في التركة". وما عدا ذلك فالوصية ترد عنده، في حكم العقود ذات الإرادة الواحدة، وهي من التبرعات التي يلتزم بها الفرد، فلا موجب له إلا مطلق الحرية واختياره في إنشاء العقد.

المطلب الثالث: الإلزام بدفع أموال الجنايات.

من المعلوم أن أموال الجنايات من الأحكام الشرعية الطلبية، ولا يتحقق الحكم بوجودها إلا بوجود سببها، وهو التعدي بطريق الخطأ أو العمد، على نفس الانسان أو جسمه. ومدار هذه الأموال على مسميات أربعة وهي: الدية⁽¹⁾ والغرة⁽²⁾ والأرش⁽³⁾ والحكومة⁽⁴⁾، وجماعها إنما تثبت بحصول التعدي، وتختلف جوارها باختلاف الدين والذكورة والأنوثة، أما الفضائل والردائل، والحسن والقبح، فأوصاف غير مؤثرة في الحكم.

(1)-الدية: مصدر ودي يدي دية والجمع ديات، وهي من الألفاظ المشتركة التي تعددت معانيها، منها: الهالك، وأودى فلان هلك، فلما كانت تلزم من الهالك سميت بذلك. وودي القاتل القتيل يديه دية، إذا أعطى وليه المال الذي هو بذل النفس" الفراهيدي، كتاب العين ج8 ص 98. ابن فارس، مقاييس اللغة، ج6 ص 97.

(2)-الغرة: فغرة كل شيء: أكرمه. والغرة: البياض في جبهة الفرس فوق الدرهم. وكل أبيض أغر. ويقال لثلاث ليال من أول الشهر غرة. وكانت العرب تستخدم الغرة بمعنى العبد والأمة، لأنهما من أنفس الأموال" مقاييس اللغة، ج4 ص 382

(3)-الأرش: أصل الإرش الفساد، ويقال أرش بين القوم تأريشا إذا أفسد، وأرشت الحرب والنار إذا أوقدتهما، فهو من باب التحريش، وأرش الجناية: ديتها، وهو أيضا مما يدعو إلى خلاف وتحريش" الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، بيروت: دار العلم للملايين، 1987م، ج 3 ص 995.

(4)-حكومة: وأصلها من الاحتكام ومعنى الحكومة في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة أن يجرح الإنسان في موضع من بدنه بما يبقى شينه ولا يبطل العضو فيقتاس الحاكم أرشه بأن يقول: هذا الجروح لو كان عبدا غير مشين هذا الشين بهذه الجراحة كان قيمته ألف درهم، وهو مع هذا الشين قيمته تسع مائة درهم، فقد نقصه الشين عشر قيمته فيجب على الجراح في الحر عشر ديته. وهذا وما أشبهه معنى الحكومة التي يستعملها الفقهاء في أرش الجراحات". الأزهرى، تهذيب اللغة. ج4 ص 70.

وأموال الجنايات متفق عليها في كليتها بين ابن حزم والمالكية. أما المشرع الجزائري؛ فلا وجود لهذه المصطلحات أو ما يرادفها في منظومته التشريعية، رغم كون الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادره التشريعية. وترد أموال الجنايات عنده على الغرامة المالية، في حال التعدي على جسد الإنسان أو نفسه.

الفرع الأول: الفروق الفقهية بين الدية والغرة عند ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري

من القواعد الشرعية المقررة أن الإنسان معصوم النفس عن القتل، منذ أن يكون جنينا في بطن أمه إلى أن يولد. ومناطق هذه العصمة هو تحقق آدميته فقط، دون غيرها من الأوصاف التي لا تأثير لها في الحكم، كالإسلام والعقل والبلوغ، التي هي مناط التكليف بالأحكام الشرعية، بحيث تسقط ولا تعتبر في هذا المقام. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

والقتل نوعان: عمد وخطأ، كما هو المستفاد من قول ابن حزم: " والقتل قسمان: عمد، وخطأ"⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه القاضي عبد الوهاب فيما نصه: " القتل نوعان عمد وخطأ، وقد اختلف عنه في نوع ثالث، وهو شبه العمد، فعنه فيه روايتان: إحداهما إثباته، والأخرى نفيه"⁽²⁾ وجاء في المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري أن: "القتل هو إزهاق روح انسان عمدا " وأيضا في المادة 288 أن: " كل من قتل خطأ... يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 1000 دينار إلى 20000 دينار". فجعل للغرامة المالية حدا أدنى وأقصى، وأبقى للقاضي سلطة تقديرها.

فإذا تعلق القتل بالجنين، وهو في رحم أمه لزمته فيه الغرة، وإذا تعلق بآدمي وجبت فيه الدية. فتتفقان في سبب وجوبهما، وهو التعدي على نفس الإنسان بإزهاق روحه، ويختلفان في المقدار المالي الواجب فيهما.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 10 ص 214.

(2)- القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 1306.

و فيما يلي مزيد بيان، لما بين التشريعات الثلاثة من فروق فقهية في مسألة الدية.

أولاً: الفروق الفقهية في الدية بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري

يعتبر تقدير الدية بمئة من الإبل، الحد الأدنى المشترك بين ابن حزم والمالكية، وهو المستفاد من قوله رحمه الله تعالى: "والدية في العمد والخطأ مائة من الإبل، فإن عدت فقيمتها لو وجدت في موضع الحكم"⁽¹⁾. وزاد المالكية تقدير الدية بالذهب والفضة، وهي المنصوص عليها في قولهم: "والدية ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة، لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك"⁽²⁾. وعمدة المالكية؛ تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل، على أهل الذهب بألف دينار، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم³. أما ابن حزم؛ فمن أصوله أنه لا يعتبر قول الصحابي حجة، فاقصر على النص الشرعي، في ثبوت مقدار الدية: "فوداه ﷺ مائة من إبل الصدقة"⁴.

ويختلف المشرع الجزائري، مع ابن حزم والمالكية في عدم إيجابه للدية، وما يرد عنده هو الإلزام بالغرامة المالية، كما هو واضح في المثال السابق في المادة 254، وبتعويض مالي عن الضرر، الذي وقع لأهل الضحية فقط، وهو المنصوص عليه في المادة 124 (معدلة) من القانون المدني: " كل

فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁽⁵⁾.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 10 ص 282.

(2) - القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 1319.

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 194.

(4) - صحيح مسلم، باب القسامة، ج 3 ص 1294.

(5) - عدلت بقانون 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م.

ويتفق ابن حزم⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾؛ على أن دية المرأة نصف دية الرجل، وهي من تقديرات الشارع التعبدية، التي ميزت بين المخاطبين بأحكام الشريعة، وغايرت بينهما في مواضع عديدة من الأحكام الشرعية. أما المشرع الجزائري فالذكورة والأنوثة أوصاف غير مؤثرة في تحمل أموال الجنايات.

وتلزم العاقلة بدفع الدية في القتل الخطأ عن الجاني، ومناط التكليف هو ثبوت العصبية، وتحقق القدرة المالية في التحمل والأداء، وفق قاعدة المشقة تجلب التيسير، وهو متفق عليه في كليته بين المالكية وابن حزم، وهو المستفاد من قوله رحمه الله تعالى: "وحكم رسول الله ﷺ بالدية، وبالغرة على العاقلة، فوجب أن يحملوا من ذلك ما يطيقون، وما لا حرج عليهم فيه، وما لا يبقون بعده في عسر، فإن الله تعالى لم يرد ذلك - أعني العسر بنا - قط، فيؤخذ من مال المرء ما لا يبقى بعده معسرا، أو يعدل بينهم في ذلك، فمن احتمل ماله أبعرة كثيرة، ولم يحف ذلك به كلف ذلك، ومن لم يحتمل إلا جزءا من بغير كذلك أشرك بين الجماعة منهم في البعير، هكذا حتى تتم الدية. إنما ينظر إلى مال المرء منهم وعياله، فتفرض الدية والغرة على الفضلات من أموالهم، التي يبقون بعدها لو ذهبت أغنياء فيعدل بينهم في ذلك، كما قال تعالى: ﴿اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ (المائدة: 8). والعدل: هو الأخذ بالسنة، لا بأن يساوى بين ذي الفضلة القليلة، والفضلة الكثيرة فيؤخذ منهم سواء لكن يؤخذ من الكثير كثير، ومن القليل قليل" (3).

أما المالكية فقد جعلوا الحد الأدنى لتحمل العاقلة وهو الثلث بحسب قدرتهم واستطاعتهم، وفي هذا المعنى يقول ابن عبد البر: "ولا تحمل العاقلة من جناية الخطأ، إلا ما كان ثلث الدين فصاعدا ينجم ذلك عليهم في ثلاث سنين، الثلثان في سنتين والثلث في سنة فان كان النصف أو

(1)- ابن حزم، مراتب الإجماع، ص 144.

(2)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 196.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 278.

ثلاثة أرباع ففيها قولان: أحدهما إنه في سنتين والآخر ان ذلك مردود الى اجتهاد الحاكم، ويؤخذ من كل واحد منهم قدر جدته ما لا يحجف به على قدر غناه وفقره من درهم الى مائة والى ألف، ولم يجد مالك في ذلك حدا وانما هو ما سهل عليه والشأن فيه التخفيف⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري؛ فلم ينص على من يتحمل الغرامة المالية، فهو وصف غير مؤثر في الحكم، سواء دفعها الجاني، أو تطوع بها غيره مهما كانت صلته أو صفته.

فإن تعذر وجود العصبه حقيقة، أو ثبت عجز القدرة المالية للعاقلة، فإنه ينتقل الى سهم الغارمين. وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " فإن عجزت العاقلة: فالدية، والغرة على جميع المسلمين في سهم الغارمين من الزكاة؛ لأنهم غارمون، فحقهم في سهم الغارمين بنص القرآن ولأن رسول الله ﷺ حكم بالدية على أوليائها⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول ابن عبد البر: " ويعقل عمن لا عاقلة له من بيت مال المسلمين "⁽³⁾.

وبعد بيان أحكام الدية إتفاقا واختلافا، بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، نسير إلى معرفة أحكام الغرة والتي تجب بقتل الجنين في رحم أمه.

ثانيا: الفروق الفقهية في الغرة بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري

الإجهاض من الأحكام الشرعية التكليفية، التي تقتضي الترك على سبيل الإلزام، فيثاب تاركه ويعاقب فاعله، وهو متفق عليه في كليته، بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

ويرد مصطلح الإجهاض عند ابن حزم⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾، بمعنى الإملاص أو الإسقاط، وهو

(1)- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 1106.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 275.

(3)- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 1107.

(4)- قال ابن حزم: " فحديث المغيرة، ومحمد بن مسلمة عموم إملاص كل امرأة. " المحلى، ج 11 ص 247. وقال أيضا: " ضرب امرأته حتى أسقطت " المحلى، ج 11 ص 240.

(5)- قال القرافي: " وعن عمر رضي الله عنه أنه استشار الناس في إملاص المرأة " الذخيرة، ج 12 ص 401، وقال الخطاب: " وكذلك الأم إذا كانت هي التي أسقطت "، مواهب الجليل ج 6 ص 58.

إنزال الجنين من رحم أمه قبل أن تكتمل مدة الحمل. وصوره ثلاث وهي:

الصورة الأولى: الإجهاض التلقائي أو الذاتي

الإجهاض التلقائي: هو الذي يحصل بغير إرادة المرأة، حيث يعمل الرحم على طرد جنين، لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة، بسبب خلل في جهاز المرأة التناسلي. ومثل هذا النوع من الإجهاض ليس له أي تبعات من الناحية الشرعية أو القانونية.

الصورة الثانية: الإجهاض الجنائي

الإجهاض الجنائي: هو الاعتداء على الجنين المفضي إلى موته، ويقع عليه أصالة أو بحكم تبعيته لأمه، وهو من المصالح الملغاة التي شهد الشارع بإلغائها. وتثبت به الغرة. فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة" (1)، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية، وأما المشرع الجزائري فتردد عنده الغرامة المالية، وهو المنصوص عليه في المادة 304 من قانون العقوبات: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها، بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق، أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار." فجعل المشرع حدا أدنى وحدا أعلى للغرامة المالية، وللقاضي السلطة التقديرية في تنزيل الحكم.

وتجب الغرة ولو في بداية مراحل الجنين الأولى من الخلق وهي العلقة، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: "وإن لم يوقن أنه تجاوز الحمل به مائة ليلة وعشرين ليلة؛ فالغرة لأمه فقط" (2). وهو المستفاد أيضا من قول الإمام مالك: "كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة" (3).

(1) - صحيح البخاري، باب ميراث المرأة والزوج مع الولد وغيره، ج 8 ص 152.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 241.

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 199.

والغرة عند ابن حزم؛ من الواجب غير المقدر، لعدم ورود نص بتقديرها، فكل ما وقع عليه اسم غرة أجزاءه⁽¹⁾. كما فرق بين كون الجنين، في مراحل الأولى من الخلق قبل نفخ الروح فجعل الغرة لأمه فقط لأنه بعض أحشائها، وبعد نفخ الروح فجعل غرته لورثته، وفي هذا المعنى يقول: "وأما إذا لم يوقن أنه تجاوز مائة ليلة وعشرين ليلة، فنحن على يقين من أنه لم يحيا قط، ... ولا كان له روح بعد، ولا قتل، وإنما هو ماء، أو علقه من دم، أو مضغة من عضل، أو عظام، ولحم، فهو في كل ذلك بعض أمه... فالغرة لها بلا شك... وإن تيقنا أنه قد تجاوز الحمل به مائة وعشرين ليلة، فإن الغرة موروثه لورثته الذين كانوا يرثونه لو خرج حيا فمات، على حكم المواريث"⁽²⁾. وثقوا الغرة الواجبة عند المالكية، بعشر دية أمه وهي خمسون ديناراً أو ستمائة درهم⁽³⁾. وترثها الأم وورثة الجنين وهو المستفاد من جواب الإمام مالك: "لمن تكون الغرة؟ قال: للأم ومن ورث الجنين مع الأم"⁽⁴⁾. فالإمام مالك تمسك بعموم الحديث الوارد، أما ابن حزم فأخذ بقاعدة الجزء الذي لا يتجزأ من الكل، فالجنين في مراحل العمرية المتقدمة، قبل نفخ الروح فيه جزء من أمه، ولذلك جعل لها الغرة دون سائر الورثة. فكلا التخريجين قوي من حيث أدلته.

وتجب كفارة القتل مع الغرة عند ابن حزم، إذا تجاوز الجنين أربعة أشهر، لأنه صار ذا روح، فإذا كان الجنين دونها فلا تجب سوى الغرة، وهذا ما نص عليه بقوله: "فصح أن من ضرب حاملاً فأسقطت جنيناً، فإن كان قبل الأربعة أشهر قبل تمامها فلا كفارة في ذلك، لكن الغرة واجبة فقط؛ ... إذ لا كفارة إلا في قتل الخطأ، ولا يقتل إلا ذو روح، وهذا لم ينفخ فيه الروح بعد. وإن كان بعد تمام الأربعة أشهر، وتيقنت حركته بلا شك... فإن فيه: غرة عبد أو أمة فقط؛ لأنه جنين قتل، فهذه هي ديته، والكفارة واجبة بعقوبة رقبة ﴿فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ﴾

(1) - ابن حزم، المحلى ج 11 ص 248.

(2) - المصدر نفسه، ج 11 ص 241.

(3) - القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، ج 2 ص 194.

(4) - الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 2 ص 361.

شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴿ (النساء: 92)؛ لأنه قتل مؤمناً خطأ⁽¹⁾. وأما المالكية فلا ترد الكفارة عندهم إلا على سبيل الاستحسان، جاء في المدونة: " قال مالك: وأنا أستحسن أن يكون في الجنين الكفارة"⁽²⁾.

وأما المشرع الجزائري فلا ترد الكفارة ضمن منظومته التشريعية فهي من باب العبادات.

الصورة الثالثة: الإجهاض العلاجي

الإجهاض العلاجي: هو الذي يجريه طبيب مختص، لإنقاذ حياة الأم من خطر موت محقق إذا استمر الحمل، وهو من المصالح المرسلّة التي لم يشهد الشارع باعتبارها أو بإلغائها، وتحقيق الوصف المناسب قائم على التعارض بين كلي النفس وكلي النسل، ويصير الترجيح بينهما وفق قاعدة الترتيب بين الكليات، بحسب ما هي عليه من الأولوية الشرعية والأرجحية الاعتبارية⁽³⁾. والإجهاض العلاجي لا تترتب عليه أي متابعة قانونية، وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 304 من قانون العقوبات بقوله: " لا عقوبة على الإجهاض، إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطة الإدارية". وقد كان قانون الصحة أكثر توسعاً في ترخيص الإجهاض حيث أضاف إلى ضرورة إنقاذ حياة الأم، الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بالخطر، وهو ما نصت عليه المادة 72 من القانون 85/ 05 الصادر بتاريخ 16 أفريل 1985م المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراءً ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 236.

(2) - الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 4 ص 631.

(3) - راجع: عبد النور بزا، مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، ط 1، الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2008م، ص 55.

طبي يجري. جمعية طبيب اختصاصي" (1).

أما من الناحية الشرعية، فالإثم مرفوع - لكونه ضررا متيقنا متحققا والضرر يزال - مع ثبوت الغرة لكونها لازمة لإزهاق روح الجنين، لعموم النص، فالغرة ثابتة لإسقاط الجنين بفعل بشري وغيرها من الأوصاف لا تؤثر في الحكم.

و بعد بيان أموال الجنايات الواجبة بقتل النفس اتفاقا واختلافا، بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، نسير إلى بيان الأموال الواجبة في الجناية على جسد الإنسان.

الفرع الثاني: الفروق الفقهية بين الأرش والحكومة عند ابن حزم والمالكية والمشرع

الجزائري

القاعدة الأصلية؛ المتفق عليها بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، هي براءة ذمة المكلف من الحقوق، وبراعة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، إلا بما أوجبه عليه الشارع، لتحقق سببه الموجب له وهو الاعتداء على الغير، المفضي إلى فوات نفسه، أو الإضرار بجسده. وأموال الجنايات الواجبة بسبب الاعتداء بالضرب والجراح على جسد الإنسان، تتمثل في الأرش والحكومة، وهي مختلف فيها بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

أما الأرش فهو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وهو الدية.

و هو المستفاد من قول ابن حزم: " لأن كل دية أرش وكل أرش دية، إلا أن من ذلك ما يكون مؤقتا محدودا، ومنه ما يكون غير مؤقت ولا محدود، والتوقيت لا يؤخذ إلا بنص وارد به" (2). وفي نفس السياق يقول ابن رشد: "والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال

(1)-أحسن بوسقعة: الوجيز في القانون الجزائري القسم الخاص (الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأحوال وبعض الجرائم الخاصة) ط2، الجزائر: دار هومة، 2010 م، ج 1 ص50.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج6 ص 473.

محدد، وهو الذي يسمى دية⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري؛ فيرد عنده الحبس والغرامة المالية، أما القصاص فهو منفي جملة، وهو المنصوص عليه في المادة 264 (معدلة) من قانون العقوبات: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه، أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة 1 إلى خمس 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما"⁽²⁾.

ويختلف ابن حزم والمالكية، في القصاص في الجراح العمد، فذهب ابن حزم إلى أن القصد منه هو المثلية في الجراح مطلقا، دون نظر إذا آل إلى إتلاف نفس الجاني، وهو المستفاد من قوله: " قال تعالى: ﴿ وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ فَمَن أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ (البقرة: 194)... فلو علم الله تعالى أن شيئا من ذلك لا تمكن فيه مماثلة لما أجمل لنا أمره بالقصاص في الجروح جملة"⁽³⁾، بينما ذهب المالكية إلى أن القصاص يسقط إذا أدى حقيقة إلى موت الجاني، ويصير إلى الدية، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد: " وأما ما يجب في جراح العمد...فهو القصاص لقوله تعالى: ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ (المائدة: 45) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس"⁽⁴⁾.

و بمقتضى قواعد المنهج الظاهري، فقول ابن حزم لا يخلو من نظر، ذلك أن النفس معصومة، ولا يصار إلى إزهاقها إلا بموجبات أربع فقط وهي: قتل العمد، وزنى بعد إحصان، والحراية والردة، وقد وردت باسمها الأخص، بظاهر لفظها في صريح النصوص قيتوقف عندها، وأما القصاص في جراح العمد فليس من موجباته، ومن ثم فإن ضابطه ألا تتلف نفس الجاني، فيكون قول المالكية أرجح والله أعلم.

(1)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 204 .

(2)- عدلت بقانون رقم 06 - 23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، (ج ر 84 ص 22) .

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 98.

(4)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 190.

وما نص عليه الشارع، من مقدار الدية (الأرش) في جراح العمد، متفق عليه في كليته بين ابن حزم⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾.

وأما الحكومة فهي: العوض المالي غير المقدر شرعاً، جبراً للضرر الذي وقع على المجني عليه، في جراح الخطأ أو العمد.

و ذهب ابن حزم إلى عدم إيجابه لأي غرامة مالية، لثبوت عصمة الأموال وبرائة الذمم من أي حقوق، إلا بما أوجبه الشارع. وهو المستفاد من قوله: " الخطأ كله معفو عنه، لا جناح على الإنسان فيه، وإنما الأموال محرمة. فصح من هذا أن لا يوجب على أحد حكم في جنابة خطأ، إلا أن يوجب ذلك نص صحيح أو إجماع متيقن، وإلا فهو معفو عنه. وصح بذلك أنه لا يجب على أحد غرامة في عمد ولا في خطأ، إلا أن يوجب ذلك نص صحيح أو إجماع متيقن، وإلا فالأموال محرمة والغرامة ساقطة"⁽³⁾.

فلم يوجب ابن حزم الحكومة في الجراح الخطأ، بمقتضى عدم الإلزام الشرعي، وتثبت بحسب قواعد منهجه، بمقتضى الالتزام العيني الذي يتحمله الشخص. بمحض إرادته، وفي هذا المعنى يقول: " وليس على أحد إلا ما التزم أو ما نوى.⁴ أما الآثار الفقهية التي تترتب بنفي الإلزام وثبوت الالتزام: عدم جبر الجاني على أداء الغرامة المالية، ولا تلزم العاقلة تحمل الحكومة في حالة التزامه.

ويتفق المالكية والمشرع الجزائري على شرعيتها، لضمان ما يقع من جنابات على أعضاء الإنسان، وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب: "وما سوى ذلك من الجراح ففيه حكومة"⁽⁵⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 8 وما بعدها .

(2)- التلقين في الفقه المالكي، ج 2 ص 190 وما بعدها. والكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 1112، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 202 .

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 11 ص 9.

(4)- المصدر نفسه، ج 3 ص 434.

(5)- القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، ج 2 ص 190.

وهو المنصوص عليه في المادة 124 (معدلة) من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁽¹⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ - عدلت بقانون 05 - 10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 م.

المبحث الثالث: الإلزام بسداد الديون والإجارة والبيع.

الإلزام بسداد الديون والإجارة والبيع، متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم، وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: الإلزام بسداد الديون

سداد الديون؛ من الواجبات العينية المتعلقة بذمة المكلف، وهي مرتبطة بزمن محدود، معينة ومقدرة، وتقديرها باعتبار الدائن والمدين لا باعتبار الشارع.

وموجب الإلزام بسداد الديون، هو حلول الآجال وفق شروط العقد، فيكون الوفاء بها اختياراً بمقتضى الالتزام، أو يحمل عليها جبراً بمقتضى المماثلة. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

الفرع الأول: سداد الديون باعتبار المطالب به (المكلف)

الدين هو: كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً، والآخر في الذمة نسيئة. فالعين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً⁽¹⁾. وينقسم الدين باعتبار الدائن إلى قسمين:

أ- دين الله تعالى: وهي الحقوق المالية التي فرضت على المخاطب بأحكام الشريعة، بقصد العبادة والتقرب إلى الله تعالى، كصدقة الفطر والزكاة، وفدية الصيام، وديون النذور والكفارات. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية، أما المشرع الجزائري فلا يرد عنده مصطلح ديون الله تعالى ضمن منظومته التشريعية، فهي مسألة أخلاقية تتعلق بفعل المكلف فقط، فلا يحمل على أدائها.

ب - دين العبد: وهو كل دين له من العباد من يطالب به، على أنه حق له مباشرة، كتمن مبيع وأجرة دار، وبدل قرض وإتلاف وأرش جنائية، ويلزم المدين بأدائه لصاحبه اختياراً، أو يحمل عليه جبراً. ومناطق التكليف بسداد الديون العقل والبلوغ، وهو متفق عليه في كليته بين

(1) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3 ص 377.

ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

و يختلف ابن حزم والمالكية؛ حول التعارض بين حقوق الله تعالى وحقوق العبد، فيقدم ابن حزم ديون الله تعالى على ديون العبد حين الأداء، وهو المنصوص عليه في قوله: " وحقوق الله تعالى مقدمة على حقوق الناس، فيبدأ بما فرط فيه من زكاة أو كفارة في الحي والميت، وبالحدج في الميت، فإن لم يعم: قسم ذلك على كل هذه الحقوق بالحصص لا يبدى منها شيء على شيء. وكذلك ديون الناس إن لم يف ماله بجميعها أخذ كل واحد بقدر ماله مما وجد... لقول رسول الله ﷺ: "دين الله أحق أن يقضى" (1) " (2). فأخذ ابن حزم بظاهر الحديث وعمومه، فلفظ (الدين) عام يشمل جميع الأموال التي ألزمتنا بها الشرع بمقتضى التعبد، ولفظ (أحق) يوجب تقديم حقوق الله على جميع حقوق العباد، وفي هذا المعنى يقول -رحمه الله تعالى - : " فعم الله عز وجل الديون كلها، وبضرورة العقل علمنا أن ما أوجبه الله علينا في أموالنا، فإنه يقع عليه اسم دين بلا شك، ثم بالنصوص علمنا وبضرورة العقل أن أمر الله أولى بالانقياد له وأحق بالتنفيذ، وأوجب علينا من أمر الناس، وكان السائل والسائلة للنبي ﷺ، مكتفين بهذا النص لو حضرهما ذكره، فأعلمهما النبي ﷺ بأن كل ذلك دين، وزادهم علما بأن دين الله تعالى أحق بالقضاء من ديون الناس" (3).

أما المالكية فيقدمون حقوق العبد على حقوق الله تعالى حين الأداء، وهو المستفاد من قول ابن رشد (الجد): "فأكد الحقوق، وأولاها بالتبديئة من رأس المال عند ضيقه عنها، الكفن وتجهيز الميت إلى قبره... ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة، على المتوفى بالبينة العادلة، أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه، ثم حقوق الله تعالى، المفترضات من الزكوات على مراتبها، والكفارات والندور، إذا شهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه

(1) -البيهقي، السنن الكبرى، ت محمد عبد القادر عطا، ط، 3 بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م، باب من قال يصوم عنه وليه، ج4 ص 436.

(2) -ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 483.

(3) -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 7 ص 105.

في ذمته، فيبدأ من ذلك كله في رأس ماله الآكد فالآكد⁽¹⁾. ومستند المالكية؛ ما ثبت باستقراء نصوص الشريعة، أن حقوق الله تعالى مبنية على العفو والمغفرة، خلافا لحقوق العباد المبنية على المشاحاة والمطالبة، فقدموا ديون العبد على ديون الله تعالى، وفي هذا المعنى يقول القرافي: " أن الله تعالى كريم جواد، تناسب رحمته المسامحة، والعبد بخيل ضعيف فناسب ذلك التمسك بحقه. فسقطت حقوق الله تعالى مطلقا، وإن رضي بها كالندور والأيمان، أو لم يرض بها كالصلوات والصيام، ولا يسقط من حقوق العباد إلا ما تقدم الرضى به"⁽²⁾. فابن حزم تمسك بالنص بمقتضى منهجه الظاهري، أما المالكية فتعدوا النصوص الجزئية إلى مقاصد الشريعة الكلية، في جلب المصلحة ودفع المفسدة عن أصحاب الحقوق المالية.

و بعد بيان أقسام الديون باعتبار الدائن، نسير إلى بيان الأحكام المتعلقة بالمدين.

أولا: إقرار المدين بالمدين

بمقتضى عدم ثبوت عوارض الأهلية، فإن إقرار المدين صحيح حال صحته، وهو متفق عليه بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري. واختلفوا في مرض الموت، هل يعتبر صفة مؤثرة في الحكم بإقرار المدين بالمدين؟ والمقصود به: "المرض الذي يعجز المريض فيه، عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت، وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفرش، أو لم يكن، وإذا امتد مرضه، وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه، وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبارا من وقت

(1)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج3 ص 122. القرافي، الذخيرة، ج 7 ص 103.

(2)-القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج 3 ص 185.

التغيير إلى الوفاة مرض موت⁽¹⁾.

فذهب ابن حزم إلى أن المرض صفة غير مؤثرة، في إقرار المدين على نفسه، بما ثبت في ذمته من ديون وهو المستفاد من قوله: " وإقرار المريض في مرض موته، وفي مرض أفاق منه لو ارث ولغير وارث، نافذ من رأس المال كإقرار الصحيح ولا فرق"⁽²⁾ ومستند ابن حزم، أن المرض لا يعتبر من عوارض الأهلية فيرد به، فمناط التكليف هو العقل، وعقل المريض لم يرد عليه ما يرد به تصرفاته. وأيضا الإجماع على صحة إقرار المدين حال صحته، فاستصحبه حال مرضه، إلى أن يرد نص يخصه بحكم مغاير⁽³⁾. أما المالكية، فالمرض صفة مؤثرة في الحكم بضابط هو: "إقرار المريض في مرضه بدين لمن لا يتهم عليه جائز"⁽⁴⁾. وهو المنصوص عليه في قول الإمام مالك: "لا يجوز إقرار المريض لو ارثه بدين إن مات من مرضه"⁽⁵⁾. وهذا سدا لذريعة المحاباة.

و يقصد بإقرار المريض مرض الموت بدين، عند الفقهاء القانونيين هو: " الإقرار في مرض الموت بحق، لا يعرف له سبب ولا طريق لثبوته إلا بالإقرار، ويشمل ذلك الإقرار بالحق العيني والشخصي، أي كل ما فيه إسقاط حق يجوز انتقاله إلى الورثة والدائنين، فإذا لم يكن للمريض دائنون أو ورثة غير زوجته كان إقراره صحيحا، أما إذا كان له دائنون وورثة فإنه يخشى أن يضرهم. ويلجأ إلى الوصية المستترة بواسطة الإقرار بدين أو عين، لمصلحة من يرغب الإيصاء له خلافا لأحكام الوصية. ويعد الإقرار بمثابة عمل من أعمال التصرف القانوني، لذلك يشترط فيه ما يشترط في التصرف في الحق المقر به، من أهلية المتصرف أو من له

(1)- مجلة الأحكام العدلية ت: نجيب هواوي، دط، كراتشي: كارخانه تجارت كتب، آرام باغ. دت، المادة: 1595، ص314.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 106.

(3)- طلال بن عايد الجهني، الفروق الفقهية التي ضعفها الإمام ابن حزم في كتابه المحلى من بداية كتاب الأطعمة إلى نهاية كتاب الهبات، رسالة ماجستير، تحت إشراف الدكتور: صالح بن سليمان الحميد، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1437هـ، ص 288.

(4)- ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 10 ص 55.

(5)- القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج 9 ص 258.

ولاية على مال غيره"⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري؛ فلم يوضح حكم إقرار المريض مرض الموت بالدين، ولم يرد في منظومته التشريعية سوى البيع في مرض الموت، وهذا في المادة 408 من القانون المدني وبالمقابل نجد في نفس القانون قد اعتبر الإقرار حجة قطعية وهذا في المادة 342: "الإقرار حجة قاطعة على المقر". وعرفه في المادة 341 بقوله: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء، بواقعة قانونية مدعى بها عليه، ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". ويلاحظ أن المشرع الجزائري أشار إلى الإقرار القضائي فقط وجعله حجة قاطعة على المقر، أما الإقرار غير القضائي، فهو موكول إلى السلطة التقديرية للقاضي، يقدر وفقا لظروف الدعوى وملاساتها، قوته في الإثبات، فله أن يجعله حجة قاطعة، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجزئه، وله ألا يقبل الرجوع، أو أن يجيز فيه الرجوع، ولا يخضع في شيء من ذلك لرقابة محكمة النقض⁽²⁾.

ثانيا: حلول الآجال بموت الدائن أو المدين

مناط الإلزام بسداد الديون؛ هو حلول الآجال وفق شروط العقد، والموت صفة مؤثرة في الحكم، تنقل الآجال من التراخي إلى الفورية سواء بالنسبة للدائن أم للمدين، وهو المستفاد من قول ابن حزم: "وكل من مات وله ديون على الناس مؤجلة، أو للناس عليه ديون مؤجلة فكل ذلك سواء، وقد بطلت الآجال كلها، وصار كل ما عليه من دين حالا، وكل ما له من دين حالا سواء في ذلك كله القرض، والبيع، وغير ذلك"⁽³⁾. ومستنده الشرعي؛ هو زوال الذمة المالية للمخاطب بأحكام الدين بمجرد موته، وانتقالها لمن حولهم الشرع الاستيلاء عليها، من غرماء وموصى لهم وورثة، فهي ذمة مالية جديدة، كما أن التركة لا تقسم إلا بعد تحصيل الغرماء أموالهم، بنص الشرع الذي لم يفرق بين الدائن والمدين. وفي هذا المعنى يقول: "قول الله

(1) - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 651.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2 ص 476

(3) - ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 358.

تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ (الأنعام: 164) وقول رسول الله ﷺ " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» وقال تعالى في حكمه في الموارث فذكر فرائض الموارث وقال عز وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ (النساء: 11) فصح أن يموت الإنسان بطل حكمه عن ماله وانتقل إلى ملك الغرماء، والموصى لهم، ووجوه الوصايا، والورثة، وعقد الغرماء في تأجيل ما عليهم، أو تأجيل ما على الميت إنما كان بلا شك بينهم وبين المتوفى إذ كان حيا، وقد انتقل الآن المال عن ملكه إلى ملك غيره، فلا يجوز كسب الميت عليهم فيما قد سقط ملكه عنه. ولا يحل للغرماء شيء من مال الورثة والموصى لهم والوصية بغير طيب أنفسهم، فبطل حكم التأجيل في ذلك، ووجب للورثة وللوصية أخذ حقوقهم.

وكذلك لا يحل للورثة إمساك مال غريم ميتهم إلا بطيب نفسه، لأن عقده إنما كان مع المتوفى إذ كان حيا فلا يلزمه أن يبقى ماله بأيدي ورثة لم يعاملهم قط. ولا يحل لهم إمساك مال الذي له الحق عنه، والله تعالى لم يجعل لهم حقا، ولا للوصية إلا بعد إنصاف أصحاب الديون⁽¹⁾.

و يختلف المالكية مع ابن حزم في تفريقهم بين موت الدائن وموت المدين في حلول الآجال، جاء في التهذيب في اختصار المدونة: "وما كان على مفلس أو ميت من دين مؤجل فإنه يحل حينئذ، وما كان له من دين مؤجل فإنه إلى أجله، وللغرماء تأخيره إن شاؤوا إلى أجله أو بيعه الآن"⁽²⁾. وقال الخرشي: "الدين المؤجل على الشخص يحل بفلسه وموته على المشهور... وأما الدين الذي له فلا يحل بفلسه ولا بموته. ولغرمائه تأخيره إلى أجله، أو بيعه الآن"⁽³⁾. واستثنى المالكية⁽⁴⁾ من ذلك حالتين لا يحل فيهما الدين المؤجل بالموت:

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 358 - 359.

(2) - ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، ج 3 ص 641.

(3) - الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 5 ص 266 - 267.

(4) - راجع شرح مختصر خليل للخرشي، ج 5 ص 267. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دار الفكر،

دت، ج 3 ص 266. محمد بن عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 6 ص 23.

الحالة الأولى: إذا قتل رب الدين مدينه عمدا، فلا يجلب دينه لاتهام صاحب الدين بقتله
على قصد استعجاله الحلول.

والحالة الثانية: إذا شرط المدين على الدائن عدم حلوله بموته، فيعمل بالشرط.
ومستندهم الشرعي في التفريق بين الدائن والمدين، أن الديون المؤجلة التي للميت لا تحل بل تبقى إلى أجلها، لأن محلها المتعلقة بها لم تبطل ولم تفت⁽¹⁾.

ووافق المشرع الجزائري المالكية، في حلول آجال الدين بموت المدين لا الدائن، وهو المنصوص عليه في المادة 180 من قانون الأسرة: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي، 3- الوصية".

ثالثا: إعسار وإفلاس المدين

الإعسار والإفلاس؛ صفتان واردتان على المدين أثناء تعاملاته المالية مع الغير، وبينهما عموم وخصوص فكل مفلس معسر وليس كل معسر مفلس، وضابطهما عجز ذمة المدين المالية عن الوفاء بديونه. وهو متفق عليهما في كليتهما بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

1- إعسار المدين

أما الإعسار؛ فهو عجز الذمة المالية للمدين، عن الوفاء بالديون التي أقرضها بمقتضى التزامه، أو العجز عن القيام بما ثبت في ذمته، من جناية أو ضمان أو حقوق مالية زوجية بمقتضى إزامه، وحكم المعسر هو إرجاء ديونه إلى حال يسره، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " لكن يوجب الإعسار أن ينظر به إلى الميسرة فقط"⁽²⁾. ويقتضي النظر إلى الميسرة، حمل المعسر على التكسب لإنصاف غرمائه وللقيام بعياله، وهو المستفاد من قوله: "الميسرة لا تكون إلا بأحد وجهين - : إما بسعي، وإما بلا سعي؛ وقد قال تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾

(1) - القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة ج 1 ص 1184.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 254.

(الجمعة: 10) فنحن نجبره على ابتغاء فضل الله تعالى الذي أمره تعالى بابتغائه، فنأمره ونلزمه التكسب، لينصف غرماءه ويقوم بعياله ونفسه، ولا ندعه يضيع نفسه وبياله والحق اللزم له⁽¹⁾. وينفق المالكية مع ابن حزم في إرجاء المعسر إلى الميسرة وهو المنصوص عليه في قول ابن رشد: "أما إذا كان الغريم معسرا فلا اختلاف ولا إشكال في أنه يجبر الذي له الحق على قبض ما جاءه به وينظره بيقية حقه، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: 280) "⁽²⁾.

أما التشريع الجزائري، فإن صفة التاجر وصف مؤثر في الحكم بعجز ذمة المدين المالية. فإن تحققت في المخاطب بسداد الديون فهو في حالة إفلاس، وبين أحكامه في القانون التجاري، أما إذا انعدمت هذه الصفة فالمدين في حالة إعسار.

ولقد انتهج المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي، في عدم تنظيم حالة الإعسار بإجراءات تصفية، خاصة كما فعل بالنسبة إلى الإفلاس، وخالف بذلك الكثير من التشريعات الحديثة، التي وضعت تنظيما جماعيا لحالة الإعسار، يشبه تنظيم التصفية في حالة الإفلاس، واقتصر القانون المدني على ذكر حالة الإعسار⁽³⁾، وترك لدائني المعسر أن يتخذوا ضده فرادى إجراءات فردية، مما يترتب عليه أن يتسابق الدائنون في هذه الإجراءات، ومن كان منهم نشيطا حصل على حقه دون غيره⁽⁴⁾. كما نص المشرع الجزائري على أجل المنحة - وهي في الاصطلاح الشرعي النظرة إلى الميسرة - في المادة 210: "إذا تبين من الالتزام، أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة والميسرة، عين القاضي مياعدا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

(1)-المصدر السابق، ج 6 ص 482.

(2)-ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 10 ص 532.

(3)-نظمها في المواد 210، 211، 212 من القانون المدني .

(4)-نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ط2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، دت، ص 5.

ويفرق ابن حزم بين حال المدين المعسر، إذا كان منشأ ديونه هو الالتزام أو الإلزام، في الحكم بالغرم والسجن، وفي ذلك يقول: "فإن لم يوجد له مال، فإن كانت الحقوق من بيع أو قرض، ألزم الغرم وسجن حتى يثبت العدم، ولا يمنع من الخروج في طلب شهود له بذلك، ولا يمنع خصمه من لزومه والمشى معه حيث مشى، أو وكيله على المشى معه، فإن أثبت عدمه سرح بعد أن يحلفه: ما له مال باطن، ومنع خصمه من لزومه، وأوجر لخصومه، ومتى ظهر له مال أنصف منه. فإن كانت الحقوق من نفقات، أو صداق، أو ضمان، أو جناية، فالقول قوله مع يمينه في أنه عديم، ولا سبيل إليه، حتى يثبت خصمه أن له مالا، لكن يؤاجر كما قدمنا. وإن صح أن له مالا غيبه أدب وضرب حتى يحضره أو يموت"⁽¹⁾. وضابط ابن حزم في التفريق بين الإلزام والالتزام في تحمل الأموال ووجوب سدادها، هو براءة الذمة الثابتة في الانسان، وهو المستفاد من قوله: " وأما التفريق بين وجوه الحقوق: فإن من كان أصل الحق عليه من دين أو بيع، فقد صح أنه قد ملك مالا، ومن صح أنه قد ملك مالا؛ فواجب أن ينصف من ذلك المال حتى يصح أن ذلك المال قد تلف - وهو في تلفه مدعي - وقد قضى رسول الله ﷺ بالبينة على المدعي. ومن كان أصل الحق عليه من ضمان أو جناية أو صداق أو نفقة، فاليقين الذي لا شك فيه عند أحد: هو أن كل أحد ولد عريان لا شيء له، فالتناس كلهم قد صح لهم الفقر، فهم على ما صح منهم حتى يصح أنهم كسبوا مالا وهو في أنه قد كسب مالا مدعى عليه². " وهو ما ذهب إليه المالكية: " لا يجبس الحر ولا العبد في الدين ولكن يستبرئ أمره، فإن اتهم أنه خبأ مالا أو غيبه، حبسه. وإن لم يجد له شيئا ولم يخفى شيئا لم يجبسه وخلى سبيله، فإن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: 280) إلا أن يجبسه قدر ما يتلوم من اختباره ومعرفة ماله، وعليه أن يأخذ عليه حميلا"⁽³⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 480.

(2)- المصدر نفسه، ج 6 ص 480 - 481.

(3)- الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 4 ص 59. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 76.

أما المشرع الجزائري، فيختلف مع ابن حزم والمالكية، في عدم تقريره للعقوبات الجزائية في نظام الإعسار⁽¹⁾.

فإذا تبين لنا أحكام الإعسار اتفاقا واختلافا؛ بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، نسير إلى بيان أحكام الإفلاس.

2- الإفلاس

أما الإفلاس فهو كما عبر عنه ابن حزم بقوله: "إنما المفلس من لا يبقى له شيء بعد حق الغرماء"⁽²⁾. وفي نفس المعنى يقول ابن رشد: "إن الإفلاس في الشرع يطلق على معينين أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه. والثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلا"⁽³⁾. وعرفه أيضا ابن جزري بقوله: "الفلس هو عدم المال، والتفليس هو خلع الرجل عن ماله للغرماء"⁽⁴⁾. ولم يرد في القانون التجاري نص صريح يعرف المشرع من خلاله الإفلاس، وإنما أورد مجموعة من القواعد والإجراءات القانونية، في فصل خاص به من القانون التجاري، ضمن المواد من 215 إلى 388 بهدف حماية الدائنين، من أي تصرف يقوم به المدين يؤدي إلى الإضرار بمصالحهم. ولا يختلف التعريف القانوني للإفلاس عن التعريف الفقهي، فالإفلاس عبارة: عن الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع ديونه. أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر، الذي توقف عن سداد الديون في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها، تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء.

ويجمع كل من الفقه والقضاء المعاصرين، على أن التوقف عن الدفع لا يعد ضيقا ماديا عابرا، بل يجب أن يوحى المركز المالي للتاجر، على وضعية مادية حرجة ميؤوس منها، بحيث

(1) -نسرين شريقي، الإفلاس والتسوية القضائية، ط1، الجزائر: دار بلقيس، دت، ص 13.

(2) -ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 484.

(3) -ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 67.

(4) -ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 209.

تدل على عجز حقيقي يمنع التاجر عن وفاء ديونه في مواعيد استحقاقها⁽¹⁾.

ومنه نسير إلى بيان أحكام المفلس وفق التشريعات الثلاث، اتفقا واختلافا.

1-2: استيفاء الغرماء لحقوقهم

يجب بتحقيق إفلاس المدين؛ استيفاء الغرماء لحقوقهم، وهو ضابط متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

و استيفاء الغرماء حقهم مبني على قاعدة جلب المصلحة، ودفع المفسدة والمضرة عن المدين المفلس، فيترك له ما تقوم به ضروريات حياته، وهو ما أشار إليه ابن حزم بقوله: " إذا وفي بعض ماله بما عليه، فليس شيء منه أولى بأن يباع في ذلك من شيء آخر غيره، فينظر: أي ماله هو عنه في غنى فيباع، وما لا غنى به عنه فلا يباع؛ لأن هذا هو التعاون على البر والتقوى وترك المضارة، فإن كان كله لا غنى به عنه أقرع على أجزاء المال، فأیها خرجت قرعته يبع فيما ألزمه"⁽²⁾.

ويفرق ابن حزم؛ بين حال كون المفلس حيا أو ميتا في سداد ديونه، بمقتضى منهجه الظاهري في الأخذ بظاهر اللفظ وعمومه، وهو الاستفادة من قوله: " ويقسم مال المفلس الذي يوجد له بين الغرماء بالحصص بالقيمة كما يقسم الميراث على الحاضرين الطالبين الذين حلت آجال حقوقهم فقط، ولا يدخل فيهم حاضر لا يطلب، ولا غائب لم يوكل، ولا حاضر أو غائب لم يجل أجل حقه طلب أو لم يطلب؛ لأن من لم يجل أجل حقه فلا حق له بعد، ومن لم يطلب فلا يلزم أن يعطى ما لم يطلب، وقد وجب فرضا إنصاف الحاضر الطالب فلا يجل مطله بفلس فما فوقه. وقد قال رسول الله ﷺ للغرماء الحاضرين: "خذوا ما وجدتم"⁽³⁾ فإذا أخذوه فقد ملكوه فلا يجل أخذ شيء مما ملكوه.

(1)-نسرین شریقی، الإقلاس والتسوية القضائية، ص 10.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 482.

(3)-صحيح مسلم، باب استحباب الوضع من الدين، ج 3 ص 1191.

وأما الميت بفلس: فإنه يقضي لكل من حضر أو غاب - طلبا أو لم يطلب - ولكل ذي دين كان إلى أجل مسمى أو حالا؛ لأن الآجال تحل كلها بموت الذي له الحق، أو الذي عليه الحق. وأما من لم يطلب فلقول الله تعالى في الموارث: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: 11) فلا ميراث إلا بعد الوصية والدين، فواجب إخراج الديون إلى أربابها والوصايا إلى أصحابها، ثم يعطى الورثة حقوقهم فيما أبقى⁽¹⁾. ويتضح لنا أن ابن حزم وضع قيودا - مترابطة ومتزامنة فيما بينها - لتحصيل الغرماء حقوقهم من المفلس، حال حياته تتمثل في:

أ- حلول آجال الدين: فالديون المؤجلة بميعادها غير موجبة لحق الوفاء بها، فالإفلاس لا يعد مسقطا لهذا الحق. ويلاحظ أن ابن حزم، لم يستعمل قاعدة اعتبار المال للنظر في أحوال المفلس، لأنها أصل مهدوم عنده، والأولى به أن يفعل قواعده العقلية، المبنية على الحس والمشاهدة، ليتضح أن ذمة المفلس المالية، عاجزة عن سداد ديونه المعجلة أو المؤجلة. فالتفريق بين نوعي الديون فيه تفويت لمصلحة تحصيل الدائن لديونه، لأنه لو كان بمقدور المفلس سدادها آجلا، لصار في حكم المعسر، وللزمته حينئذ رخصة النظر إلى الميسرة.

ب- الحضور العيني: وهو ما يقتضي المثول الشخصي لصاحب الحق أو وكيله، أما الغائب فقد أسقط حقه، بموجب ظاهر لفظ الحديث "قال ﷺ للغرماء الحاضرين خذوا ما وجدتم"، إلا أن ابن حزم -وعمقتضى منهجه - قد أغفل قاعدة من القواعد الكلية وهي: "كل مسلم على مسلم حرام دمه وماله وعرضه." فعدم حضور صاحب الدين غير مسقط لحقه، لأنه ثابت في ذمة المدين بعمقتضى الشرع. فالحاضر ثبت حقه بعمقتضى الحديث، والغائب يحمل حكمه على القاعدة النصية الكلية. في وجوب استيفاء حقه.

ج- المطالبة بالحق: فالحضور لا يقتضي المطالبة، بل لا بد من التصريح بها، منعا من احتمال إسقاط الدين عن المدين، وهذا عملا بمنهجه في الأخذ بالقطع واليقين، ونفي الظن والشك.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 483.

أما المفلس الميت، فلم يجعل ابن حزم لتحصيل الغرماء ديونهم، شرطا أو قيذا لعموم

الآية: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: 11).

و يختلف المالكية مع ابن حزم، في كون الإفلاس صفة مؤثرة في الحكم بحلول الديون الحالة والمؤجلة، وهو المستفاد من قول ابن جزى: " تحل عليه الديون المؤجلة والمعجلة في المذهب بعد سجنه أو استتاره كما تحل على الإنسان إذا مات اتفاقاً"⁽¹⁾ وقال ابن رشد: "في ديون المفلس المؤجلة؛ هل تحل بالتفليس أم لا؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت"⁽²⁾. وتقسم الأموال بين الغرماء بحسب أنصبتهم، أو تقسم قسمة محاصة بينهم، وهو ما وضحه ابن جزى بقوله: " قسم ماله على الغرماء، بعد أن يترك له منه كسوته وما يأكله أياما هو وأهله، وفي الواضحة الشهر ونحوه، واختلف هل تترك كسوة زوجته؟ وهل تباع عليه كتب العلم؟ ثم يجتمع كل ما وجد له من أصول وعروض وغير ذلك، وتباع الأصول والعروض ويقسم المجموع على الغرماء، فإن وفى بدينه سرح من السجن وبريء من الديون وإن كان ماله لا يقوم بالديون قسم قسمة المحاصة، والعمل في المحاصة أن ينظر نسبة ماله من جميع الديون، ويعطى كل واحد من الغرماء بتلك النسبة دينه، مثال ذلك إذا كان ماله عشرة دنانير والديون عشرون دينار فيعطى كل واحد منهم نصف دينها"⁽³⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع المالكية في حلول الديون المؤجلة، وهو المنصوص عليه في المادة 246 من القانون التجاري: "يؤدي حكم الإفلاس أو التسوية القضائية، إلى جعل الديون غير المستحقة حالة الأجل بالنسبة للمدين". ذلك أن الآجال تقوم على الثقة التي يمنحها الدائن لمدينه، فمتى أفلس المدين أتمار الأساس الذي يقوم عليه الأجل، ثم إن الإبقاء على آجال الديون يقتضى إخراج أنصبتها في التوزيعات والاحتفاظ بها حتى تحل الآجال، الأمر الذي يؤدي إلى

(1)- ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 210.

(2)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 69.

(3)- ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 210.

تعقيد التصفية وإطالة مدتها، فمن الأفضل إسقاط جميع الآجال، حتى يستطيع الدائنون التقدم في التفليسة، والحصول على أنصبتهم مباشرة، ويسقط الأجل بحكم القانون، فلا يتوقف عل إذن الدائن، أو وكيل التفليسة⁽¹⁾. كما قضى المشرع الجزائري للمفلس نفقة له ولأسرته، وهذا في نص المادة 242 تجاري: " للمدين أن يحصل لنفسه وأسرته، على معونة من الأصول يحددها القاضي المنتدب بأمر بناء على اقتراح وكيل التفليسة".

2-2: حبس المفلس

التقصير والتدليس وصف مؤثر في الحكم بسجن المفلس، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

قال ابن حزم: "ومن ثبت للناس عليه حقوق، من مال أو مما يوجب غرم مال بينة عدل، أو بإقرار منه صحيح، بيع عليه كل ما يوجد له، وأنصف الغرماء، ولا يحل أن يسجن أصلا، إلا أن يوجد له من نوع ما عليه فينصف الناس منه بغير بيع، كمن عليه دراهم ووجدت له دراهم، أو عليه طعام ووجد له طعام، وهكذا في كل شيء لقول الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ

بِالْقِسْطِ﴾ (النساء: 135). فسجنه مع القدرة على إنصاف غرمائه ظلم له ولهم معا، وحكم بما لم يوجب الله تعالى قط، ولا رسوله ﷺ⁽²⁾. "وإسقاط ابن حزم العقوبة البدنية عن المفلس، وإلزامه بالعمل والتكسب، لتحقيق التوازن بين مصلحة جماعة الدائنين والمدين وهو المستفاد من قوله: " ونلزمه التكسب لينصف غرماءه ويقوم بعياله ونفسه، ولا ندعه يضيع نفسه وعياله والحق اللازم له"⁽³⁾ ولا يخفى ما لهذا الإلزام من جوانب إيجابية أبرزها: رد الثقة في نفس المفلس وتشجيعه على تجاوز الأزمات، إنصاف الغرماء ورد الحقوق إلى أصحابها، القيام بحق نفسه وحق عياله في النفقة، فلا يكون عالة على المجتمع. أما المفلس الذي دلس حاله

(1)-عباس حلمي، الإفلاس والتسوية القضائية، دط، الجزائر: ديوان المطبوعات الجماعية، 1983م، ص 39.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 457.

(3)-المصدر نفسه، ج 6 ص 482.

وأخفى أمواله، فعقوبته التعزير بالضرب وفي ذلك يقول ابن حزم: " وإن صح أن له مالا غيبه، أدب وضرب حتى يحضره أو يموت"⁽¹⁾.

وفي ذات السياق يقول ابن رشد: " وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفليس، ولم يعلم صدقه أنه يجبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين، فإذا كان ذلك خلي سبيله.² أما المفلس الذي أخفى أمواله ودلس حاله، فعقوبته السجن وهو المنصوص عليه في المدونة: " إذا كان له مال فاتهمه السلطان أن يكون غيبه، قال مالك: ... مثل هؤلاء التجار الذين يأخذون أموال الناس فيقعدون عليها، فيقولون: قد ذهبت منا ولا نعرف ذلك إلا بقولهم، وهم في مواضعهم لا يعلم أنه سرق ما لهم ولا احترق بيتهم، أو مصيبة دخلت عليهم، ولكنهم يقعدون على أموال الناس. فإن هؤلاء يجبسون حتى يوفوا الناس حقوقهم"⁽³⁾.

و يتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية، في إسقاط عقوبة السجن عن المفلس حسن النية، الذي توقف عن الوفاء بديونه بسبب خارجي كحشوب حريق في محله، أو تأثره بأزمة اقتصادية، ويعرف هذا النوع بالإفلاس البسيط لكونه لا ينطوي على إهمال أو تدليس. أما النوع الجرم فيدعى التفالس، وتنقسم جرائم التفليس، إلى جريمتين متفاوتتين في القصد والعقوبة وهما: جريمة التفليس بالتدليس وجريمة التفليس بالتقصير.

فالتفليس بالتقصير؛ هو توقف المدين عن دفع ديونه لأخطاء ارتكبها، من جراء إهمال أو تقصير منه كالإسراف، واللامبالاة أو المبالغة في مصاريف حياته الشخصية، أو أنفق على عمليات وهمية لا طائل من ورائها. فالمدين في هذه الحالة سيئ التسيير. وهو ما نصت عليه المادتان 370 و 371 من القانون التجاري. أما في التفليس بالتدليس، تسوء نية المدين المتوقف **عن الدفع، حيث**

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 480.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 76.

(3) - الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 4 ص 59.

يتعمد إلحاق الضرر بدائنيه⁽¹⁾. وهو المستفاد من المادة 374 من نفس القانون: " يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع، يكون قد أخفى حساباته أو بدد أو اختلس كل أو بعض أصوله، أو يكون بطريق التدليس، قد أقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته، سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية، أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته." وقد حدد المشرع الجزائري عقوبة جرائم الإفلاس بالسجن وغرامة مالية، وكذلك بالحرمان من الحقوق المدنية. حيث نصت المادة 383 (معدلة) من قانون العقوبات: "كل من ثبتت مسؤوليته لارتكاب جريمة التفليس في الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري يعاقب:

- عن التفليس بالتقصير بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وبغرامة من 25000 دج إلى 200.000 دج.

- عن التفليس بالتدليس بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

ويجوز علاوة على ذلك أن يقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 9 مكرر 1 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر⁽²⁾. ويتمثل هذا الحرمان في الحقوق الوطنية والمادية والعائلية.

وبعد بيان الإلزام بسداد الديون باعتبار المكلف، ننتقل إلى الإلزام بسدادها باعتبار الزمن.

الفرع الثاني: سداد الديون باعتبار الزمن (الأجل)

الأجل هو: مدة من الزمن لا يجب الوفاء بالالتزام فيه، فنفس الحق موجود، لكن استيفاءه

⁽¹⁾-راجع: جمال عبد الناصر خليفي، جرائم الإفلاس في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال درجة الليسانس،

تحت إشراف: أ. صباح عبد الرحيم، ورقلة، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح، 2014م. ص أ- ب

⁽²⁾- عدلت بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م (ج ر 84 ص 26)

أو لزوم أدائه مقرون بمرور الأجل¹. وموجب سداد الديون؛ هو حلول الآجال وفق شروط العقد، فيصير الالتزام إلزاما للمدين، في حالة ممانطته أو امتناعه من السداد. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

أولا: سداد الديون باعتبار حلول الأجل

سداد الديون من الواجبات العينية المحدودة الأجل، وتحديد الأجل باعتبار المتعاقدين لا باعتبار الشرع، ويكون وفقا لتحقيق مصلحة معينة. فقد يكون الأجل من حق المدين فقط، فله التنازل عنه وجبر الدائن على قبول الدين، وقد يكون من حقهما معا، فلا يجوز التنازل عنه من أحد الطرفين بل لا بد من رضاهما معا، وقد يكون من حق الدائن فهو صاحب الحق فيه بلا جبر عليه. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

قال ابن حزم في الأحكام: " إن ديون الناس التي إلى أجل، لا يجوز لأحد أداؤها قبل حلول أوقاتها ولا تأخيرها عن حلول أوقاتها، إلا بإذن الذين لهم الديون ورضاهم... ولا خلاف في أن من كان له على أحد ثلاثة ديون من ثلاث معاملات، وكلها إلى آجال محددة، فأذن الذي له الدين في تعجيل أحد تلك الديون بعينه قبل الأجل، ورضي بذلك الغريم، ثم أذن في تأخير آخر من تلك الديون بعينه بعد حلول أجله، فليس ذلك بموجب جواز تعجيل الدين، الذي لم يأذن بتعجيله ولا بمجيز تأخيره عن أجله، هذا ما لا خلاف بين اثنين فيه"⁽²⁾. وهو المنصوص عليه في كتابه المحلى: " وإن أراد الذي عليه الدين المؤجل، أن يعجله قبل أجله بما قل أو أكثر، لم يجبر الذي له الحق على قبوله أصلا. وكذلك لو أراد الذي له الحق، أن يتعجل قبض دينه قبل أجله، بما قل أو أكثر لم يجز أن يجبر الذي عليه الحق على أدائه، سواء في كل ذلك الدنانير والدراهم، والطعام كله، والعروض كلها، والحيوان. فلو تراضيا على تعجيل الدين أو

(1) -سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، ت: علي جمعة وآخرون ط2، مصر: دار السلام، 2006م، ج2 ص 893.

(2) -ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج3 ص 54.

بعضه قبل حلول أجله، أو على تأخيره بعد حلول أجله، أو بعضه جاز كل ذلك⁽¹⁾. فرضى

الدائن والمدين وصف مؤثر في الحكم بتعجيل سداد الديون، أو تأجيلها.

وفي المقابل نجد لابن حزم نصا آخر في المحلى سلك فيه مسلكا آخر، قال -رحمه الله

تعالى -: "ومن كان له دين حال أو مؤجل فحل، فرغب إليه الذي عليه الحق في أن ينظره

أيضا إلى أجل مسمى ففعل، أو أنظره كذلك بغير رغبة وأشهد أو لم يشهد، لم يلزمه من ذلك

شيء والدين حال يأخذه به متى شاء. وكذلك لو أن امرأ عليه دين مؤجل، فأشهد على نفسه

أنه قد أسقط الأجل وجعله حالا، فإنه لا يلزمه ذلك، والدين إلى أجله كما كان⁽²⁾. ويستفاد

من قوله أن آجال الديون ثابتة في ميعادها، الذي اتفق عليه الطرفان حين إنشاء العقد. فلا تصير

إلى التقديم أو التأخير في الأجل، ولو كانت برغبة الدائن والمدين. واستدل على ذلك بأن كل

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، قال ابن حزم: "برهان ذلك: أن كل ما ذكرنا فإنه شرط

ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، وليس شيء من هذا من العقود التي افترض الله تعالى الوفاء

بها، لأن العقود المأمور بالوفاء بها منصوصة الأسماء في القرآن. ولا خلاف في أن كل العقود لا

يلزم الوفاء بها، كمن عقد: أن يكفر أو أن يزني. وكل عقد صح مؤجلا بالقرآن أو السنة، فلا

يجوز البتة إبطال التأجيل إلا بنص آخر. وكل عقد صح حالا بالقرآن أو السنة، فلا يجوز البتة

إبطال الحلول إلا بنص آخر ولا سبيل إلى نص في ذلك⁽³⁾. وإشارة ابن حزم هنا، إلى قوله

تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: 282)، فعقد

الدين من العقود المؤجلة بظاهر الآية وعمومها، ولا نصير إلى تعجيل ميعاده إلا بنص آخر.

واضح هنا تمسك ابن حزم بحرفية النص، وهي حرفية مبناها على مفهومة لدور العقل

وهو: الفهم والتنفيذ بمقتضى التعبد لا غير. ويستدرك عليه بقواعد منهجه الظاهري، بأن

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 353.

(2)- المصدر نفسه، ج 6 ص 357.

(3)- المصدر نفسه، ج 6 ص 357.

تقديرات الشارع تعبدية محضه، أما آجال الديون فهي من التقديرات البشرية، التي رخص الشارع في وضعها، ومبناها على قاعدة وتعاونوا على البر والتقوى. فنصير إلى ترجيح اجتهاده بإباحة تعجيل أو تأجيل وقت سداد الديون بضابط هو تحقق رضى الدائن والمدين.

أما الملكية فلديهم التفصيل الآتي: لآجال الديون حالات متعددة، فقد يكون الدين ترتب في ذمة المدين، من بيع شيء مؤجل تسليمه المعروف بالسلم، وقد يكون الدين من قرض، وقد يكون الدين عروض تجارة أو عينا (ذهبا أو فضة). ولكل حالة من هذه الأحوال حكم خاص، وهذا في حالة عدم الشرط بين الطرفين في حق الأجل، فإن كان شرط عمل به⁽¹⁾.

أولا: جاز قبل حلول الأجل قبول المسلم فيه (المبيع لأجل) بصفته فقط، كما يجوز قبله قبل المحل المشروط إن حل الأجل. واقتضاء المسلم حقه ممن هو عليه جائز بلا جبر حيث قضاه قبل الأجل أو المحل، لأن الأجل في السلم حق لكل من المتعاقدين في غير النقذ. فإذا كان المسلم فيه نقدا أجبر المسلم على قبوله قبل الأجل، إن طلب المسلم إليه، لأن الأجل حق لمن عليه الدين. وإن كان الدين قرضا فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله، كان القرض عينا أو غيره. ولزم المشتري القبول والبائع الدفع بعد الأجل والمحل.

ثانيا: لا يلزم المسلم إليه دفع السلم ولا المسلم قبوله، بغير محله المشروط، أو محل العقد عند عدم الشرط، ولو خف حمله، إلا أن يرضيا بذلك، وذلك إذا كان الدين غير عين. فإذا كان الدين عينا، فالقول لمن طلب القضاء منهما حيث حل الأجل ولو في غير محل القضاء، فيلزم رب الدين قبوله إذا دفعه له من هو عليه، ويلزم من هو عليه دفعه لربه ولو في غير محل القضاء.

⁽¹⁾ -راجع: القيرواني، الرسالة، ص 107 وما بعدها. وابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2 ص 691 وما بعدها. ابن رشد، بداية المجتهد ج، 3 ص 217 وما بعدها. الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4 ص 514 وما بعدها.

ثالثا: فإذا لم يجل الأجل فالحق لمن عليه المكان والزمان، فإذا طلب المدين تعجيل العين قبل انقضاء الأجل، أو طلب دفعها في غير محل القضاء، فإنه يجبر ربا على قبولها كانت العين من بيع أو قرض، إلا إذا وجد خوف قبل الزمان والمكان، فلا يجبر من هي له على قبولها إلا بعد الزمان والمكان المشترط قبضها فيه. هذه الأحكام عند عدم الشرط بين الطرفين في حق الأجل، فإن كان شرط عمل به.

ومنه نصير إلى أن الحق في الأجل للمدين، سواء بعين من بيع حال أو سلم، أو بقرض عين أو غيره، فله أن يتنازل عنه كما له أن يتمسك به، ويسقط عنه في حالة الإفلاس⁽¹⁾.

أما التشريع الجزائري، فإن الأجل في سداد الديون مبني على قاعدة العقد شرعية المتعاقدين، وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 106 من القانون المدني: "العقد شرعية المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". ومقتضى هذه القاعدة أن ما تم الاتفاق عليه ويدخل في نطاق العقد، يكون ملزما لأطراف العقد، فتكون الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة المتعاقدين، واجبة الاحترام والتنفيذ، فلا يجوز العدول عنها أو تغييرها إلا برضى الطرفين، أو بما أحازه القانون كعقد الوكالة والوديعة، كما لا يجوز للقاضي أن ينقض عقدا صحيحا، فالقانون يكمل إرادة المتعاقدين ولا ينسخها.

ثانيا: الماطلة في سداد الديون

الماطلة هي: التسوية في سداد الديون، بعد حلول آجالها بغير عذر موجب لذلك، ويتفق ابن حزم والمالكية على تحريم الماطلة وحمل المتصف بها على الوفاء بدينه. أما المشرع الجزائري فلا يجرم الماطلة في الالتزام المدني كقاعدة عامة .

قال ابن حزم " وكذلك القول في ديون الناس فإن الماطل الغني آثم بالمثل وآثم بمنع

⁽¹⁾ -راجع: سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، ج 2 ص 895 - 896.

الحق⁽¹⁾. وهو موجب لحكم التعزير بالجلد وفي ذلك يقول: " فأمر رسول الله ﷺ بتغيير المنكر باليد، ومن المنكر مظل الغني، فمن صح غناه ومنع خصمه فقد أتى منكرا وظلما، وكل ظلم منكر، فواجب على الحاكم تغييره باليد، ومنع رسول الله ﷺ من أن يجلد أحد في غير حد أكثر من عشرة أسواط؛ فواجب أن يضرب عشرة؛ فإن أنصف فلا سبيل إليه، وإن تمادى على المظل فقد أحدث منكرا آخر غير الذي ضرب عليه فيضرب أيضا عشرة، وهكذا أبدا حتى ينصف، ويترك الظلم، أو يقتله الحق وأمر الله تعالى⁽²⁾ .

أما المماثلة عند المالكية فهي موجبة لإسقاط عدالته ورد شهادته، وهو المنصوص عليه في قول ابن رشد: " وسئل سحنون عن قول رسول الله ﷺ: «مظل الغني ظلم»⁽³⁾ أترى أن تجوز شهادة الغني إذا مظل، وقد قال رسول الله ﷺ: "إن مظل ظلم؟" فقال: لا أرى أن تجوز شهادته إذا مظل؛ لأن رسول الله ﷺ رأى مظل الغني ظلما، فمن كان ظلما، فلا ينبغي أن تجوز شهادته... هذا بين على ما قاله من أن المعروف بالمظل من غير ضرورة، لا ينبغي أن تجاز شهادته؛ لأن مظل الرجل بحقه إذاية له في ماله، ولا يحل إذاية الرجل المسلم"⁽⁴⁾.

وبعد بيان الإلزام بسداد الديون باعتبار الزمن، ننتقل إلى بيان حكم الإلزام بسدادها باعتبار انتقال الدين.

الفرع الثالث: الإلزام بسداد الديون باعتبار انتقال الدين

الأصل براءة الذمة من كل التزام وإلزام، إلا ما أثبتته المكلف على نفسه أو ألزمه به الشرع، وهي قاعدة كلية متفق عليها بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، وينتقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى بموجب الالتزام لا الإلزام. وأبرز صورته بيع الدين وضمائنه.

(1)- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 65.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 481.

(3)- صحيح البخاري، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ج 3 ص 94.

(4)- ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 10 ص 186. وينظر أيضا الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 6 ص 175.

أولاً: بيع الدين

لا يخلو بيع الدين من أن يكون يبعه على المدين أو على شخص غيره، وفي كل من الحالتين لا يخلو أن يكون ثمن الدين حالاً أو مؤجلاً، فحاصل الصور أربعة:

- بيع الدين لمن هو عليه بثمن حال.
- بيع الدين لمن هو عليه بثمن مؤجل.
- بيع الدين على غير المدين بثمن حال.
- بيع الدين على غير المدين بثمن مؤجل⁽¹⁾.

ويتفق ابن حزم والمالكية على تحريم بيع الدين، مع اختلافهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم. أما التشريع الجزائري فالاختلاف معه كلي.

ذهب ابن حزم إلى تحريمه مطلقاً، وهو المنصوص عليه في قوله: " ولا يحل بيع دين يكون لإنسان على غيره، لا بنقده، ولا بدين، لا بعين، ولا بعرض، كان ببينة أو مقراً به أو لم يكن: كل ذلك باطل"⁽²⁾. لوجود الغرر فيه لأنه يبيع مجهول، وما لا يدري عينه، فهو أكل أموال الناس بالباطل. ولا تنتقل حرمة بيع الدين إلى الجواز عند ابن حزم، إلا بصفة مؤثرة في الحكم وهي التفرق بالأبدان، وصورتهما: " أن يتاع في ذمته ممن شاء ما شاء، مما يجوز بيعه، ثم إذا تم البيع بالتفرق أو التخير، يحيله بالثمن على الذي له عنده الدين، فهذا حسن"⁽³⁾.

أما المالكية ففي مذهبهم التفصيل الآتي: قال الخرشي في شرح المختصر: "نهي - عليه

(1) - عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دط، دار العاصمة للنشر والتوزيع،

دت ص 288.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 487.

(3) - المصدر نفسه، ج 7 ص 487.

الصلاة والسلام - عن الكالئ بالكالئ⁽¹⁾ وهو الدين بالدين، مهموز من الكلاءة بكسر الكاف وهي الحفظ... ولما كانت حقيقة هذا البيع محتوية على ثلاثة أقسام فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين، وإن كان بيع الدين بالدين يشمل الثلاثة لغة، إلا أن الفقهاء سموا كل واحد منها باسم يخصه⁽²⁾.

أ- فسخ الدين في الدين: هو أن يفسخ ما في ذمة مدينه في أكثر من جنسه إلى أجل، أو يفسخ ما في ذمته في غير جنسه، إلى أجل كعشرة في خمسة عشر مؤخره، أو في عرض مؤخر. فهذه الصورة غير جائزة وعبر عنها بربا الجاهلية، وهو أشد الأنواع تحريماً⁽³⁾.

ب- ابتداء الدين بالدين: وسمي ابتداء دين بدين، لأنه لا تعمر الذمة إلا بالعقد، وهو أخف من بيع الدين بالدين لاغتفار التأخير فيه ثلاثة أيام⁽⁴⁾.

ج- بيع دين بدين: لا يجوز بيع الدين بالدين، مثل أن يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بالتأخير⁽⁵⁾. وأجاز المالكية صورة واحدة وهي: بيع الدين على غير المدين بثمن حال، بشروط تباعد بينه وبين الغرر والربا.

1- أن يكون المدين حاضرا في البلد، ليعلم حاله من فقر أو غنى، لأن ثمن الدين يختلف باختلاف حال المدين.

2- أن يكون المدين مقرا بالدين، حسما للمنازعات حتى لا يستطيع إنكاره بعد.

3- أن يكون المدين ممن تأخذه الأحكام، وذلك ليتمكن تخليص الدين منه إذا امتنع.

(1) - الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد مصطفى الأعظمي، ط1، أبو ظبي: مؤسسة زايد للأعمال الخيرية،

2004م، باب بيع المكاتب، ج5 ص 1161.

(2) - الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج5 ص 76.

(3) - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 191.

(4) - محمد بن عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج5 ص 46.

(5) - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 191.

4- أن يباع بغير جنسه أو بجنسه، بشرط أن يكون مساويا له، لأنه إذا بيع بجنسه بزيادة كان سلفا بزيادة وهو ممنوع.

5- ألا يكون ذهبا بفضة ولا فضة بذهب، لئلا يؤدي إلى بيع النقد بالنقد، من غير مناجزة.

6- أن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة، لئلا يتوصل بذلك إلى ضرره، والتسلط عليه وإعناته.

7- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، كأن يكون من قرض أو نحوه، فإن كان الدين مما لا يجوز بيعه كطعام المعاوضة، لم يصح بيعه على غير من هو عليه.

8 - أن يباع بثمان مقبوض لئلا يكون دينا بدين، لأنه إذا لم ينقد الثمن في الحين كان من بيع الدين بالدين وهو ممنوع⁽¹⁾.

وهو المنصوص عليه في قول الدسوقي: "لا يجوز بيع الدين إلا إذا كان الثمن نقدا، وكان المدين حاضرا في البلد، وإن لم يحضر مجلس البيع، وأقر بالدين، وكانت تأخذه الأحكام، ويبيع بغير جنسه أو بجنسه، وكان مساويا لا أنقص وإلا كان سلفا بزيادة، ولا أزيد وإلا كان فيه حظ الضمان وأزيدك، وليس عينا بعين، وليس بين المشتري والمدين عداوة، وأن يكون الدين مما يجوز أن يباع قبل قبضه، احترازا من طعام المعاوضة، فإن وجدت تلك الشروط جاز بيعه، وإن تخلف شرط منها منع البيع، وإنما اشترط حضوره ليعلم حاله من فقر أو غنى، إذ لا بد من علم ذلك لاختلاف مقدار عوض الدين، باختلاف حال المدين من فقر أو غنى والمبيع لا يصح أن يكون مجهولا"⁽²⁾.

(1)-راجع: عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، ص 297.

(2)-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3 ص 63.

ويعبر المشرع الجزائري عن بيع الدين بالدين بمصطلح التوريق، فقد جاء في نص المادة الثانية من القانون رقم 06 - 05، والمؤرخ فيفري 20 فيفري 2006م والمتضمن توريق القروض الرهنية كما يلي: "التوريق هو التنازل عن القروض الرهنية من قبل مؤسسة مصرفية أو مالية لفائدة مؤسسة مالية أخرى. وقيام هذه الأخيرة بإصدار أوراق مالية قابلة للتداول في السوق ممثلة للقروض الرهنية"⁽¹⁾. فالتوريق هو: "تحويل الأدوات المالية الاستثمارية إلى أوراق مالية، يسهل تداولها بيعا وشراء في سوق الأوراق المالية"⁽²⁾.
ويقوم التوريق على العناصر الأساسية الآتية:

- 1- وجود علاقة دائنية أصلية بين الدائن ومدينه، كالعلاقة بين البنك المقرض والمقترض (فرد، شركة، أو حكومة).
- 2- رغبة الدائن في التخلص من سندات الدين التي تحت يده، وتحويلها إلى جهة أخرى تحل محله.
- 3- قيام المحال إليه الدين، بإصدار سندات جديدة في صورة أسهم أو سندات قابلة للتداول في أسواق المال.
- 4- إسناد الأوراق المالية الجديدة إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة.
- 5- وجود مستثمر وهو الفرد أو المؤسسة التي تشتري السندات الجديدة، والتي يقوم بتحصيل فوائدها في المواعيد المستحقة⁽³⁾.

⁽¹⁾ - القانون رقم 06 - 05، والمؤرخ فيفري 20 فيفري 2006م، يتضمن توريق القروض الرهنية، ج ر عدد 15، صادر في 12 مارس 2006

⁽²⁾ - محمد عبد الغفار الشريف، الضوابط الشرعية للتوريق والتداول للأسهم والحصص والصكوك، الإمارات العربية المتحدة: الشارقة، لدورة 19، ص 4

⁽³⁾ - سميرة مصطفىوي، البنوك في مواجهة آلية التوريق، رسالة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، إشراف: د أرزبل الكاهنة، تيزي وزو، جامعة: مولود معمري، 2016م، ص 9.

ووفق هذا المفهوم لمصطلح التوريق، فلا يعدو كونه فسخ دين في دين كما عبر عنه المالكية، وهو من ربا الجاهلية. ومعلوم أن المعاملات المالية وفق القوانين الوضعية قائمة على التعامل بالربا كوسيلة لاستثمار الأموال.

ثانيا: ضمان الدين

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري على ضمان الدين في كليته، وهو نقل حق من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، فيكون بموجبه ملزما بسداد الدين تجاه الدائن.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: " فمن كان له على آخر حق مال من بيع، أو من غير بيع من أي وجه كان - حالا أو إلى أجل - سواء كان الذي عليه الحق حيا أو ميتا، فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه، بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال. ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق - انتصف أو لم ينتصف - ولا بحال من الأحوال. ولا يرجع الضامن على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا - سواء رغب إليه في أن يضمه عنه، أو لم يرغب إليه في ذلك إلا في وجه واحد، وهو: أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا علي فإذا أدت عني فهو دين لك علي: فهاننا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه: فهو قرض صحيح... وأما عموم جواز الضمان في كل حق من بيع أو غيره، فلأنه ليس فيه بيع أصلا، وإنما هو نقل حق فقط" (1).

فالضمان لا يكون إلا بطيب نفس من الضامن، وبمحض إرادته، وتترتب عليه الآثار التالية:

أ_ انتقال الدين إلى ذمة الضامن، ويصير لازما له وملزما به.

ب_ خلو الذمة المالية للمضمون عنه وورثته، من أي التزام أو إلزام، سواء بالنسبة للضامن أو المضمون له.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 6 ص 396.

ج _ تبقى الذمة المالية للمضمون عنه مشغولة، في حال قبول الضامن الضمان، شريطة أن يكون ديناً في ذمة المضمون عنه.

وفي ذات السياق يقول ابن عبد البر: " والضمان والكفالة والحماله؛ أسماء معناها واحد، فمن قال أنا كفيل بما لك على فلان أو أنا حميل أو زعيم فهو ضامن. والضمان في الحقوق الثابتة كلها جائز، فإن لم يكن الحق ثابتاً لازماً لم يجز الضمان فيه،... ولا بأس بضمان المجهول عند مالك، ومن ضمن عن رجل مالا وهو لا يعرف قدره لزمه ما قامت به البينة عليه، ومن قال لرجل عامل فلانا وأنا ضامن لما تعامله به، لزمه ما ثبت عليه مما يعامل به مثله. ولا تجوز الحماله في شيء من الحدود والقصاص ولا الجراح التي فيها"⁽¹⁾. وقال ابن رشد: " الكفالة هي الضمان ومعناها: التزام القيام بالشيء والاستطلاع به... فالكفالة بالمال جائزة في الشرع، لازمة في صريح الحكم؛ وهي من المعروف، وتجاوز عند مالك وأصحابه في المعلوم والمجهول"⁽²⁾. فالضمان لا يكون عند المالكية إلا في الحقوق الثابتة، سواء منها المعلوم أو المجهول المقدار.

أما المشرع الجزائري فقد نص على الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بقوله: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد الدائن، بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". كما نصت المادة 646 على الشروط الواجب توافرها في الكفيل، وهي: أ - يسار الكفيل: أي أن يكون قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله. ويقع عبئ إثبات يسار الكفيل على المدين أما المال المتنازع عليه وحوله أمر الكفالة به، فمتروك للسلطة التقديرية للقاضي.

ب- أن يكون مقيماً في الجزائر؛ وذلك حتى يسهل مقاضاته عند الاقتضاء.

ج- أن يقدم عوضاً عينياً كافياً على الكفيل. ويكون ذلك بتقديم رهناً رسمياً أو حيازياً.

(1)- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2 ص 793.

(2)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج 3 ص 373-376.

د- الأهلية: وهنا يشترط فيه أهلية الشخص المتبرع، لأن عقد الكفالة عقد من عقود التبرع.

ويتفق ابن حزم مع المشرع الجزائري، في كون الضامن على إطلاقه، لا فرق بين رجل وامرأة، خلافا للمالكية الذين لا يميزون كفالة البكر، أما ذات الزوج ففي ثلث مالها فقط، وهو المستفاد من المدونة: " قلت: أرأيت كفالة المرأة أتجوز أم لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: إن كان لها زوج؛ جازت الكفالة في ثلث مالها، وإن لم يكن لها زوج فذلك جائز عليها بمثلة الرجل. قلت: وإن كانت بكرا؟ قال: لا تجوز كفالتها؛ لأنها لا تجوز لها أن تصنع المعروف في مالها وإنما الكفالة معروف. قلت: أرأيت المرأة إذا تكفلت بكفالة ولها زوج، أيجوز ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: يجوز ما بينها وبين ثلثها؛ لأن كل معروف تصنعه المرأة ذات الزوج فهو في ثلثها، والكفالة عند مالك من وجه الصدقة"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الإلزام في عقد الإيجار

الإيجار من الأحكام غير الطلبيية، ومناط التكليف به هو الانتفاع بالمنفعة، والإيجار متفق عليه في كليته؛ بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

الفرع الأول: الإلزام في عقد الإيجار باعتبار المطالب به.

عرف ابن حزم الإيجار بصيغ مختلفة في مبناها، متكاملة فيما بينها، أثناء إيراده للفروق الفقهية بين البيع والإيجار. قال رحمه الله تعالى:

" الإجارة جائزة في كل شيء له منفعة، فيؤاجر لينتفع به ولا يستهلك عينه"⁽²⁾.

" والإجارة تملك منافع لم تحدث بعد"⁽³⁾.

(1) - الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 4 ص 123.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 3.

(3) - المصدر نفسه، ج 7 ص 15.

ـ " والإجارة بإباحة منافع بعوض لا تملك به الرقبة، بخلاف البيع، ويجوز في الحر بخلاف البيع، وهي إلى أجل ولا بد، إما معلوم وإما مجهول، إن كان في عمل محدود، بخلاف البيع" (1). فالغرض من الإيجار هو الانتفاع بمنافع، لم تظهر حين العقد، وهو ما عبر عنه ابن حزم بقوله (لم تحدث بعد)، ولكن تحدث تباعا بمرور الوقت. ولا يتحقق هذا الغرض إلا بتحقيق سببه، وهو المعاوضة في المنفعة والبدل بين المؤجر والمستأجر، أما الأثر المترتب عليه فهو تملك المنافع للمستأجر (2). وفي ذات السياق عرف الصاوي المالكي الإيجار بقوله: "هو عقد معاوضة على تملك منفعة، كائنة ومجعولة في نظير عوض، أمدا معلوما أو قدرا معلوما" (3).

فالإيجار والكراء شيء واحد في المعنى وهو تملك المنفعة، ويتفق ابن حزم والمالكية على تسمية العقد على منافع الآدمي، وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما (4).

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية، في تعريفه للإيجار في المادة 467 (معدلة) من القانون المدني: "عقد يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر" (5) فالأجرة مقابل الانتفاع، وأما المدة فهي مقياس الانتفاع بالشئ المؤجر، فلا يمكن تأييد عقد الإيجار. ويلاحظ أن هذا التعريف من التجديدات التي جاء بها المشرع في القانون 07-05 بحيث تم تعديل المادة القديمة التي كانت تنص على أنه: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر." ونجد أن المادة المعدلة، جعلت من الالتزام بالتمكين من الانتفاع، شرطا أساسيا بحيث يعتبر التزام إيجابي.

(1) -المصدر السابق، ج7 ص 245.

(2) -راجع: شعيب يوسف، أحكام عقد الإيجار عند ابن حزم مقارنة بالمذاهب الفقهية، تحت إشراف: د محمد محدة، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة قسم الفقه وأصوله، 2000 م، ج 1 ص 147-148.

(3) -الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دط، دار المعارف، ج 2 ص 263.

(4) -راجع: ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 26-43. وحاشية الإمام الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 2.

(5) -المعدلة بقانون 07-05، بتاريخ 2007/05/13 م، (ج ر، ع 31 ص 3).

فيجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة، لتمكين المستأجر من الانتفاع بها.

ومنه نسير إلى بيان أحكام عقد الإيجار باعتبار طرفيه (المؤجر والمستأجر).

أولاً: موت أحد طرفي العقد (المؤجر، المستأجر)

يعتبر ابن حزم الموت صفة مؤثرة في الحكم، يثبت به الانحلال الفوري لعقد الإيجار، فترد به العين المؤجرة، والبدل الواجب فيها، ولا يمتد أثره إلى الغير من الورثة. وهو المستفاد من قوله: " وموت الأجير، أو موت المستأجر، ... يبطل عقد الإجارة فيما بقي من المدة خاصة - قل أو كثر. برهان ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ (الأنعام: 164). وقول رسول الله ﷺ: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"⁽¹⁾. وإذا مات المؤجر فقد صار ملك الشيء المستأجر لورثته أو للغرماء، وإنما استأجر المستأجر منافع ذلك الشيء، والمنافع إنما تحدث شيئاً بعد شيء، فلا يجز له الانتفاع بمنافع حادثة في ملك من لم يستأجر منه شيئاً قط، وهذا هو أكل المال بالباطل جهاراً. ولا يلزم الورثة في أموالهم عقد ميت قد بطل ملكه عن ذلك الشيء، ولو أنه آجر منافع حادثة في ملك غيره لكان ذلك باطلاً بلا خلاف وهذا هو ذلك بعينه.

وأما موت المستأجر: فإنما كان عقد صاحب الشيء معه لا مع ورثته فلا حق له عند الورثة، ولا عقد له معهم، ولا ترث الورثة منافع لم تخلق بعد، ولا ملكها مورثهم قط - وهذا في غاية البيان"⁽²⁾. فاستدلال ابن حزم هنا مبني على قاعدتين، وهما:

أ- القاعدة الكلية " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه "، وهي على عمومها وظاهرها، في عدم إباحة أموال انتقلت من ذمة إلى ذمة أخرى مغايرة، إلا بموجب شرعي.

ب- القاعدة الفقهية: " تورث الأموال لا الحقوق "، وهي المستفادة من قول ابن حزم: "وإنما

(1)- سبق تخريجه

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 5.

تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالاً، كالأمانات والوكالات، والوصايا وغير ذلك"⁽¹⁾.

ويختلف المالكية مع ابن حزم في عدم اعتبار الموت صفة مؤثرة في الحكم، فيظل عقد الإيجار مستوفياً لمدته، وهو المستفاد من المدونة: " قال سحنون: قال ابن وهب: وأخبرني يونس أنه سأل ابن شهاب؛ عن الرجل يستكري من الرجل داره عشر سنين ثم يموت الذي أكرى ويبقى المستكري؟ قال: إن توفي سيد المسكن فأراد أهله إخراج من استأجره منه أو بيعه فلا أرى أن يخرجوه إلا برضا منهم، ولكن إن شاءوا باعوا مسكنهم، ومن استأجره فيه على حقه وشرطه في إجارته. قال ابن شهاب: وإن توفي المستأجر سكن ذلك المسكن أو لم يسكنه فإننا نرى أجرة ذلك المسكن فيما ترك من المال تؤديه الورثة بمصصهم"⁽²⁾. فالإيجار عقد محدد المدة باتفاق بين أطرافه، وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى، تحقيقاً للمصلحة التي ثبتت ابتداءً حين إنشاء هذا العقد. ويتفق التشريع الجزائري مع المذهب المالكي، في عدم انحلال العقد بموت أحد طرفيه، قبل انتهاء مدة الإيجار، وهو المستفاد من نص المادة 2/469 (مكرر) من القانون المدني: "لا ينتقل الإيجار إلى الورثة، غير أنه في حالة وفاة المستأجر ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى نهاية مدته"⁽³⁾ فلا ينتهي الإيجار إذن بموت المؤجر المالك، ويبقى المستأجر ملتزماً نحو الورثة ويؤدى الأجرة لهم، وتنقسم الأجرة على الورثة كل بمقدار نصيبه في الميراث، ويصبح الورثة ملتزمين بجميع التزامات المؤجر في حدود التركة، وينقسم منها عليهم ما هو قابل للانقسام كل بمقدار نصيبه في الميراث كالتعويض الناشئ عن الضمان، ويبقى غير منقسم ما هو غير قابل للانقسام، كالالتزام بالتسليم والالتزام بضمان التعويض.

كذلك لا ينتهي الإيجار - كقاعدة عامة - بموت المستأجر ويكون ورثته ملتزمين نحو

(1)-المصدر السابق، ج 6 ص 360.

(2)-الإمام مالك بن أنس، المدونة، ج 3 ص 519.

(3)-أضيفت بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 م، (ج ر 31 ص 4).

المؤجر، ويؤدون له الأجرة في حدود التركة، وتنقسم الأجرة عليهم كل بمقدار نصيبه في الميراث. ومع ذلك يجوز للخلف العام الذين كانوا يعيشون مع سلفهم مدة 6 أشهر إنهاء هذا العقد، إذا أصبح مثقلاً عليهم من حيث التكاليف..

إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، حيث يجوز للمؤجر أن يتفق مع المستأجر أثناء انعقاد العقد، أنه في حالة وفاته ينتهي العقد، ولو قبل انتهاء المدة (م.469مكرر/2 ق.م.). ويجب ممارسة حق انتهاء الإيجار خلال 6 أشهر من يوم وفاة المستأجر. (الفقرة الأخيرة من م.469 مكرر ق.م.)

ثانياً: إنهاء الإيجار بسبب حدوث عذر طارئ بأحد العاقدين.

الانتقال والتنقل من الأفعال المباحة، الملازمة لحركات الانسان وسكناته، وتصير وصفا مؤثراً في الحكم بحسب جلبها لمصلحة أو دفعها لمفسدة، وهو ما أشار إليه ابن حزم بقوله: " وكذلك إن اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد، أو اضطر المؤجر إلى ذلك، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما، كمرض مانع، أو خوف مانع، أو غير ذلك، لقول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام: 119). وقال تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (الحج: 78) " (1). فانفساخ عقد الإجارة عند ابن

حزم، مبني على (حصول اضطرار وتحقيق ضرر) وهو ما يعرف بالظروف الطارئة، التي تجعل تنفيذ التزامات العقد بالصورة التي تم الاتفاق عليها، مرهقاً ومؤدياً إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين. واستدلال ابن حزم مبني على قواعد الشريعة الكلية في التيسير ورفع الحرج والمشقة.

ويتفق المالكية مع ابن حزم؛ في فسخ عقد الإيجار بالعذر المانع من استيفاء المنفعة محل

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 10.

العقد، ويتضح تطبيق هذا الأصل عندهم في المسائل التالية⁽¹⁾:

- غصب العين المستأجرة أو منفعتها، فللمستأجر الخيار في إنهاء العقد أو مضائه.

- إذا أمر الحاكم بغلق الحوانيت المستأجرة.

- إذا اكترى الرجل الأرض فجاءه من الماء ما منعه الزرع، فلا كراء عليه.

- إذا انقطع الماء عن الرحي المستأجرة، فهي الإيجار للعذر⁽²⁾.

وفي هذا المعنى يقول الخطاب المالكي: " سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم قال: فله بحسب ما مضى، ويفسخ في بقية اليوم، ومثله لسحنون ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله، وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء، أو الحصد، أو عمل ما مطر لم يكن له بحسب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر؛ لأن المنع لم يكن منه... قال ابن عرفة: قال ابن شاس: وتفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا"⁽³⁾.

ويتفق التشريع الجزائري مع ابن حزم والمالكية اتفاقا جزئيا، في الأخذ برخصة الأعدار لدفع الضرر عن المتضرر من المتعاقدين، إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية، لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهق على المدين. ويختلف معهما في عدم فسخ العقد بل بتعديله بما يتناسب مع الظروف الجديدة للمتعاقدين. وهو المستفاد من المادة 3/107 قانون مدني: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

(1)-راجع: شعيب يوسفى، أحكام عقد الإيجار عند ابن حزم مقارنة بالمذاهب الفقهية الأخرى، ج2 ص719 .

(2)-الدسوقي، حاشية الإمام الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 30.

(3)-الخطاب المالكي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج5 ص 432-433.

وهدف القاضي من أي أمر يقرره، يجب أن يكون تخفيف الخسارة الفادحة عن المدين، وتوزيع عبء الإرهاق، الذي يترتب على الحوادث الطارئة بين طرفي العقد، وليس إعفاء المدين إعفاء كاملاً من عبء هذه الحوادث. وشرط المشرع أن يكون الطرف الطارئ عاماً يشمل أفراداً كثيرين، إلا أنه في عقد الإيجار أنزله منزلة الخاص، وذكر له حالات معينة وهي موت المستأجر المادة 469 مكرر/2، وانتقال المستأجر الى مكان آخر، وهو ما نص عليه في المادة 469 مكرر/1: " غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني. ويجب عليه إخطار المؤجر، بموجب محضر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين"⁽¹⁾. وهلاك العين المؤجرة طبقاً للمادة 481 (معدلة): " إذا هلكت العين المؤجرة، أثناء مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون"⁽²⁾.

الفرع الثاني: الإلزام بتسليم العين المؤجرة

من التزامات المؤجر تسليم المنفعة محل العقد، بالتخلية بين العين المؤجرة والمستأجر، وإزالة الموانع التي تمنع من تحقيق مقصد الانتفاع. وضابط المنفعة ألا تستهلك العين المؤجرة، وألا تكون معصية أو مفضية إليها.

أولاً: عدم استهلاك العين المؤجرة.

قال ابن حزم: "الإجارة جائزة في كل شيء له منفعة فيؤاجر لينتفع به ولا يستهلك عينه"⁽³⁾. ويستفاد من قوله أن الإجارة مشروعة في الأشياء التي لها منفعة، شريطة ألا يؤول استعمالها إلى إتلاف العين أو استهلاكها، وهذا يعني أن الإيجار يتخذ شكل الاستعمال لا شكل الاستهلاك، وبالتالي فهو يرد على الأموال الاستعمالية، ولا يرد على الأموال الاستهلاكية⁽⁴⁾.

(1) -أضيفت بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 م، (ج ر، ع 31 ص 4).

(2) -أضيفت بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 م، (ج ر، ع 31 ص 4).

(3) -ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 3.

(4) -شعيب يوسف، أحكام عقد الإيجار عند ابن حزم مقارنة بالمذاهب الفقهية، ج 1 ص 291.

فالمال الاستهلاكي: هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود. فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ما عدا النقود إلا باستئصال عينها. وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكيها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل. والمال الاستعمالي: هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها. وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة. فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً⁽¹⁾.

ومنه نسير إلى بيان حكم هلاك العين المؤجرة، وإجارة ما تلتف عينه.

1- هلاك العين المؤجرة:

إن حق الانتفاع حق مؤقت، ينتهي بانتهاء مدة الانتفاع المتفق عليها، بين المؤجر والمستأجر، أو بهلاك العين المنتفع بها، أو بتعييبها بعيب يعطل المنفعة المقصودة بعقد الإيجار، فيترتب عليها إنهاء العقد، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " إن هلك الشيء المستأجر فإن الإجارة تنفسخ، ووافقنا على هذا أبو حنيفة، ومالك والشافعي. وقال أبو ثور: لا تنفسخ الإجارة بهذا أيضاً، بل هي باقية إلى أجلها، الأجرة كلها واجبة للمؤجر على المستأجر. قال أبو محمد: وهذا خطأ؛ لأنه أكل مال بالباطل"⁽²⁾، واستدل ابن حزم مبني على أن زوال المنفعة يقتضي عدم وجوب العوض، وإلا صار أكل أموال للناس بالباطل، وهو محرم.

أما الملكية فيفرقون بين هلاك العين التي تستوفي منها المنفعة، وبين العين التي تستوفي بها المنفعة، فالحالة الأولى توجب فسخ عقد الإجارة دون الثانية، وهو ما أشار إليه الصاوي المالكي بقوله: " قول أهل المذهب أن كل عين يستوفي منها المنفعة، فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة، وكأهدام الدار، وكل عين يستوفي بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على

⁽¹⁾ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4 ص 2891.

⁽²⁾ -ابن حزم، المحلى، ج7 ص 10 - 11.

الأصح، كموت الشخص المستأجر للعين المعينة، ويقوم وارثه مقام مورثه إلا في أربع مسائل: صبيان وفرسان، صبيا التعليم والرضاعة، وفرسا التزو والرياضة، فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الإجارة ورجعا للمحاسبة، وكذلك فرس التزو إذا استؤجر الفحل على أربع مرات، فحملت من مرتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة، وكذلك إذا استؤجر لفرس يروضها ويعلمها كيفية الجري فماتت فتنفسخ ويرجعان للمحاسبة"⁽¹⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في فسخ عقد الإيجار، إذا هلكت العين المؤجرة، ولم يتم المؤجر بما يعيدها إلى حالتها الأولى، كما يمكن للمؤجر الاحتفاظ بها والمطالبة بإنقاص بدل الإيجار. وهو المنصوص عليه في المادة 481 (معدلة) من القانون المدني: " إذا هلكت العين المؤجرة، أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون. إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، ولم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهد الأجير إذا لم يتم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار"⁽²⁾.

2- إجارة ما تتلف عينه:

يتحقق عقد الإيجار بضابط هو عدم استهلاك العين المؤجرة، وهو المستفاد من قول ابن حزم: " ولا يجوز إجارة ما تتلف عينه أصلاً، مثل الشمع للوقيد، والطعام للأكل، والماء للسقي به، ونحو ذلك، لأن هذا بيع لا إجارة، والبيع هو تملك العين، والإجارة لا تملك بها العين"⁽³⁾. فالمقصد من الإيجار هو تملك منفعة العين لوقت معلوم، بانتهائه ترد لمالكها، وأورد لذلك مثالا بالمنع من استئجار الأنعام للحلب، لتلف العين المؤجرة، وهذا لازم لعقد البيع لا لعقد الإيجار، قال رحمه الله تعالى: " ولا يجوز استئجار شاة أو بقرة أو ناقة أو غير ذلك - لا واحدة ولا

(1)-الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 4 ص 49.

(2)-أضيفت بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 م، (ج ر 31 ص 4).

(3)-ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 4.

أكثر - للحلب أصلاً؛ لأن الإجارة إنما هي في المنافع خاصة، لا في تملك الأعيان، وهذا تملك اللبن، وهو عين قائمة، فهو بيع لا إجارة، وبيع ما لم يرقط، ولا تعرف صفته باطل⁽¹⁾، وترد على هذه القاعدة استثناءات عند ابن حزم فأجاز استئجار المرضع لورود النص الشرعي وهو المستفاد من قوله: "وجائز استئجار المرأة ذات اللبن لإرضاع الصغير مدة مسماة. برهان ذلك - قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: 6)"⁽²⁾.

و ينص المالكية على أن الإيجار لا ينعقد على ما يؤدي الانتفاع به إلى انتفاء عينه قصداً. وهناك ما لا يؤدي الانتفاع به إلى إتلاف عينه أصلاً كاستئجار سيارة للركوب، وهناك ما يؤدي الانتفاع به إلى استيفاء عينه من غير قصد كإيجار الثياب لللبس فإن فيه استيفاء عين، وهو ذهاب شيء منها بالاستعمال، لكنه غير مقصود، بخلاف استئجار الشجر لأكل ثمره، أو شاة لأخذ نتاجها من لبن وصوف، فإن الإيجار به لا ينعقد، لأن فيه استيفاء عين قصداً، واستثنوا الرضاع، وكذلك إيجار أرض فيها بئر أو عين⁽³⁾.

فهناك إذن اتفاق جزئي بين ابن حزم والمالكية على حصر عقد الإيجار في المنافع التي لا تستهلك عينها، غير أن منطقة الاستثناء عند ابن حزم جد ضيقة ولم ترد عنده إلا بموجب النص الشرعي المستثني لها من القاعدة الكلية "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه." أما المالكية فهم أكثر توسعاً تحقيقاً لمقصد جلب المصلحة والتيسير في المعاملات بين الناس.

أما المشرع الجزائري، فنلاحظ أنه من خلال منظومته التشريعية، قد وضع القواعد والمبادئ العامة لعقد الإيجار، دون ذكر جميع أنواع وصور الإيجار الموجودة حالياً، وإن كان واقع الناس وعرفهم قد جرى على الالتزام بما عليه العمل في المذهب المالكي.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 12.

(2) - المصدر نفسه، ج 7 ص 12.

(3) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 20. والساوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 2 ص 265. وشعيب يوسفى، أحكام عقد الإيجار عند ابن حزم، ج 2 ص 512.

ثانيا: ألا تكون المنفعة معصية أو مفضية إليها.

يتفق ابن حزم والمالكية، على اعتبار المنفعة المقصودة من الإيجار، هي التي شهد الشارع باعتبارها. أما المنفعة الملغاة فهي مهدومة شرعا، ولا ينعقد بها أي التزام بين المؤجر والمستأجر. وهو المستفاد من قول ابن حزم: " لا تجوز الإجارة على... معصية أصلا؛ لأن كل ذلك أكل مال بالباطل؛ لأن المعصية فرض عليه اجتنابها فأخذ الأجرة على ذلك لا وجه له، فهو أكل مال بالباطل"⁽¹⁾. وأعطى لذلك مثلا بالإجارة على النوح والكهانة، قال رحمه الله تعالى: " ولا تجوز الإجارة على النوح، ولا على الكهانة؛ لأنهما معصيتان منهي عنهما، لا يحل فعلهما ولا العون عليهما فالإجارة على ذلك، أو العطاء عليه معصية، وتعاون على الإثم والعدوان"⁽²⁾. بل ذهب إلى إقامة حد الزنى على المستأجر لهما قال: " حد الزنى واجب على المستأجر والمستأجرة، بل جرمهما أعظم من جرم الزاني والزانية بغير استئجار، لأن المستأجر والمستأجرة زنيا كما زنى غير المستأجر ولا فرق، وزاد المستأجر والمستأجرة على سائر الزنى حراما آخر - وهو أكل المال بالباطل"⁽³⁾.

ومن أنواع المنافع التي حرم المالكية⁴ عقد الإيجار عليها:

- الإيجار على تعليم الغناء أو الموسيقى والرقص، أو استئجار آلات اللهو، فدفع الأجرة وأخذها حرام.
- أجر المغنية والنائحة وما يأخذه الكاهن والدجالين.
- إيجار دار أو أرض لتتخذ كنيسة أو بيعة، أو لبيع فيها الخمر والخنزير أو إيجار منازل تتخذ للدعارة أو محلا للفسق.

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 15.

(2) - المصدر نفسه، ج 7 ص 16.

(3) - المصدر نفسه، ج 12 ص 198.

(4) - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 4 ص 8.

أما التشريع الجزائري فمصطلح المعصية لا يرد عنده، لأنه لا علاقة له بالجزاء الأخرى، وبالمقابل نراه لا يميز إيجار المكان أو الشخص، على الأفعال المجرمة قانوناً، وهو المنصوص عليه في المادة 93 (معدلة) من القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الإلزام بدفع الأجرة

يتفق ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على وجوب دفع الأجرة مقابل التمكين من الانتفاع بالمنفعة، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

فذهب ابن حزم إلى عدم جواز اشتراط تعجيل الأجرة أو تأجيلها، لأنه شرط لم يرد به نص شرعي بلفظه أو بمعناه، وهو المستفاد من قوله: " ولا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ولا تعجيل شيء منها، ولا اشتراط تأخيرها إلى أجل ولا تأخير شيء منها كذلك... لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل"⁽²⁾. فالإلزام بدفع الأجرة يتحقق بالشروع في العمل، أو بالتمكين من الانتفاع بالعين، فالأجير مخير في قبض أجرته في حينها أو تأخيرها، دون أن تكون شرطاً، يتوقف عليه إنجاز عقد الإيجار، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " وكل ما عمل الأجير شيئاً مما استؤجر لعمله، استحق من الأجرة بقدر ما عمل، فله طلب ذلك وأخذه وله تأخيرها بغير شرط، حتى يتم عمله أو يتم منه جملة ما؛ لأن الأجرة إنما هي على العمل، فلكل جزء من العمل جزء من الأجرة. وكذلك كل ما استغل المستأجر الشيء الذي استأجر فعله من الإجارة بقدر ذلك أيضاً"⁽³⁾.

أما المالكية، فاشتراط التعجيل أو التأخير وصف مؤثر في عقد الإيجار، يتحقق بموجبه تنفيذ العقد وفق إرادة المتعاقدين، فإن تخلف هذا الشرط تحقق العمل بالعرف والعادة لأهل البلد، وهو المستفاد من قول الخطاب المالكي: " وإذا اختلف المتأجران في تعجيل الأجرة ولم

(1) - عدلت بالقانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 م (ج ر 44 ص 24).

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 4.

(3) - المصدر نفسه، ج 7 ص 14.

يكن شرط فيحكم بينهما بالعرف والعادة في ذلك"⁽¹⁾. والاستثناء يرد على أربعة مواضع يحكم فيها بتعجيل الأجرة أشار إليها الصاوي المالكي بقوله: "قاعدة ابن القاسم: أن الثمن في البيع الأصل فيه الحلول، وأن الأجرة في الإجارة الأصل فيها التأجيل، إلا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة بينها بقوله: (وعجل الأجر) وجوبا في الإجارة (إن شرط) التعجيل (أو اعتيد). ولم يكن الأجر معيناً: أكرني دارك سنة مثلاً لأسكنها، أو: أرضك لأزرعها أو: دابتك لأسافر عليها لمكة مثلاً بكذا كعشرة دنانير أو ثوب أو عبد موصوف في الذمة. إلا أن وجوب تعجيل الأجر في هذين لحق الآدمي يقضى به عند التنازع فإن تراضيا على تأخيره جاز والعقد صحيح"⁽²⁾.

و يتفق التشريع الجزائري مع المذهب المالكي في العمل بالعرف، إذا لم يتفق الطرفان مسبقاً على تعجيل أو تأجيل الأجرة، وهو المنصوص عليه في المادة 498 من القانون المدني: " يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار، في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وحب الوفاء ببذل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة. ويكون دفع بدل الإيجار في موطن المستأجر ما لم يكن اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. "فيمكن أن تدفع الأجرة دفعة واحدة مسبقاً عن كل مدة الإيجار، كما يمكن أن تدفع بصفة دورية، فالمتعاقدان لهما كامل الحرية في الاتفاق على طريقة الدفع.

المطلب الثالث: الإلزام في عقد البيع.

إذا انعقد البيع صحيحاً نافذاً بين طرفيه، فإنه تترتب عليه آثار تلزم بانتقال ملكية البديلين بين العاقدين. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

(1) - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، ج 3 ص 329.

(2) - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 4 ص 12.

الفرع الأول: الإلزام في عقد البيع باعتبار المتعاقدين.

يعتبر العقل والبلوغ والحرية، أوصاف مؤثرة في الحكم، بإلزامية عقد البيع بين البائع والمشتري، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري. ويقع الخلاف بينهم في تخلف أحد الأوصاف أثناء إنشاء العقد وإبرامه. فهل يصير ملزماً؟.

أولاً: حكم بيع من لم يبلغ

استثنى ابن حزم بيع غير البالغ في صورتين، من القاعدة الفقهية "ولا يحل بيع من لم يبلغ"، وأجاز بيعه وجعله لازماً.

الصورة الأولى: هي تحقق ضرورة ابتياعه لما يقوم به من مآكل وملبس يلزمه، عند غياب القائم عليه، سواء كان فرداً أو جماعة. فيصير البيع لازماً لأنه وافق الحق الواجب، تحقيقاً لمقصد الشريعة في المحافظة على النفس.

الصورة الثانية: إذا ابتاع لغيره، بأمر من الآخر، الذي استوفى شروط الابتياح، صار البيع لازماً.

وهو المنصوص عليه في قوله: "ولا يحل بيع من لم يبلغ، إلا فيما لا بد له منه ضرورة، كقطعاً لأكله، وثوب يطرد به عن نفسه البرد والحر، وما جرى هذا المجرى إذا أغفله أهل محلته وضيعوه... فإذا ضيعه أهل محلته فاشترى ما ذكرنا بحقه، فقد وافق الواجب، وعلى أهل محلته إمضاؤه، فلا يحل لأحد رد الحق، وتكون مبايعته حينئذ، إن كان جائز الأمر هو الذي عقد ذلك العقد عليه، فهو عقد صحيح، فإن كان أيضاً غير جائز الأمر فهو كما ذكرنا عمل وافق الحق الواجب فلا يجوز رده.

وأما بيع من لم يبلغ لغيره بأمر ذلك الآخر، وابتياعه له بأمره فهو نافذ جائز؛ لأن يده وعقده إنما يد الأمر وعقده فهو جائز"⁽¹⁾.

و يعتبر المالكية الصبي المميز: "هو الذي يفهم الخطاب، ويرد الجواب، ولا ينضبط ذلك

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 508.

بسن بل يختلف باختلاف الأفهام"⁽¹⁾ ولا يعتبر بيعه لازما إلا بإذن وليه، هو الاستفادة من قول الخطاب المالكي: " فلو باع الصبي المميز أو اشترى انعقد بيعه، وشراؤه، ولكن لا يلزمه ولوليه النظر في إمضائه، ورده بما يراه أنه الأصح للصبي"⁽²⁾. ويوضح القرافي هذا الحكم بقوله: " فلا يختلف مالك وأصحابه، أن الإنسان قبل البلوغ محمول على السفه، وإن ظهر رشده وأن تصرفاته من الصدقة وغيرها من المعروف مردودة، وإن فيها الأب أو الوصي، وتصرف المعاوضة موقوف على إجازة الولي، إن رآه مصلحة وإلا رده"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فقد حدد سن التمييز بثلاثة عشر سنة، وفقا لنص المادة 42(معدلة) من القانون المدني: " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"⁽⁴⁾. كما نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الوصي أو الولي، فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء." يتضح من نص هذه المادة أن الصبي المميز يستطيع مباشرة التصرفات القانونية وفق معيار جلب المصلحة ودفع المفسدة.

فالتصرفات الراجعة بالنفع المحض على الصبي المميز، تعد صحيحة وتترتب عنها جميع آثارها القانونية، من ذلك إبرام الأطفال عقود بيع يومية، كإجراء المأكولات واللعب والأقلام، وغيرها من الأشياء التي تدخل ضمن الحاجات الأساسية اليومية للطفل، دون حاجة لترخيص من الولي. لكن يبدو أن المشرع وضع حكم خاص بالمميز للتصرف في أمواله، حيث نصت المادة 84 من قانون الأسرة على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر

(1)-الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4 ص 244.

(2)-المصدر نفسه، ج 4 ص 245.

(3)-القرافي، الذخيرة، ج 8 ص 232.

(4)-تم تعديل نص المادة بموجب قانون 05-، 10 المؤرخ في 20/06/2005 م (ج ر 44 ص 17). حيث كان سن التمييز 16 سنة.

ذلك. " ووفقا لنص المادتين 83 و 84 من قانون الأسرة يؤذن للقاصر في التصرف في أمواله من الولي أو القاضي فإذا تحصل على الإذن كانت أهليته متوفرة في البيع أو الشراء يتحمل جميع الالتزامات القانونية الناتجة عن البيع.

أما التصرفات الضارة بالميز فهي باطلة بطلانا مطلقا، وبالتالي إذا أبرم المميز عقد بيع وشراء، فيه ضرر متحقق عليه فإنه يفسخ العقد. وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي، حيث تكون موافقته لازمة لإجازة العقد⁽¹⁾.

فالاتفاق حاصل بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على أن بيع من لم يبلغ مرهون بموافقة الوصي أو الولي.

ومنه نصير إلى حكم بيع المكره اتفاقا واختلافا بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

ثانيا: حكم بيع المكره

يندرج الإكراه على البيع عند ابن حزم ضمن الإكراه القولي، الذي لا يترتب عليه أي أثر فقهي، وهو المستفاد من قوله: " فالإكراه على الكلام: لا يجب به شيء، وإن قاله المكره، كالكفر والقذف والإقرار والنكاح... و البيع والابتياح... لأنه في قوله ما أكره عليه، إنما هو حاك للفظ الذي أمر أن يقوله، ولا شيء على الحاكي بلا خلاف، وكل من أكره على قول ولم ينوه مختارا له، فإنه لا يلزمه"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه في كتاب البيوع بقوله: " ولا يحل بيع من أكره على البيع، وهو مردود لقول رسول الله ﷺ: "إن الله عفا لأمتي عن الخطأ والنسيان

وما استكروها عليه"⁽³⁾؛ ولقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا

يَحْكِرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: 29) فصح أن كل بيع لم يكن عن تراض فهو باطل"⁽⁴⁾.

(1) - حوحو يمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، ط1، الجزائر: مكتبة بلقيس، 2016م، ص 25-26.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 203.

(3) - الدارقطني، سنن الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2004م، باب النذور، ج5 ص300.

(4) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 510.

واستثنى ابن حزم من قاعدة بطلان تصرفات المكره، البيع الذي أوجبه النص وفيه معنى

الإلزام والجبر، ونجده في الصور التالية:

- البيع على من وجب عليه حق وهو غائب.

- الممتنع من إنصاف صاحب الحق.

-المدين المماطل الممتنع عن سداد ديونه⁽¹⁾.

والواجب عند ابن حزم، أن يتم البيع الذي أوجبه النص، وألزم به الممتنع عن الأداء، عن طريق القضاء لحسم كل نزاع، وهو المستفاد من قوله: " ولو أن القاضي قضى للغريم، بما يمكن انتصاف ذي الحق منه من عين مال الممتنع، أو الغائب، ثم باعها المقضي له بأمر الحاكم لتوصيله إلى مقدار حقه، فإن فضل رد إلى المقضي عليه لكان أولى، وأصح وأبعد من كل اعتراض"⁽²⁾.

ويتفق المالكية مع ابن حزم، على أن المكره على البيع نفسه غير لازم، وهو المستفاد من قول الخطاب المالكي: "إذا كان شرط لزوم البيع، التكليف ممن أوجبه عليه أي على البيع جبرا حراما، إما بأن يكره على البيع نفسه، أو يكره على دفع مال ظلما، فيبيع متاعه لذلك، ... فلا يلزمه لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكليف؛ لأن المكره غير مكلف كما تقدم"⁽³⁾. فيكون للعقاد المكره، الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه، واستثنى من قاعدة بطلان بيع المكره، الإلزام بالبيع لحق ترتب في الذمة، لا يستوفى إلا ببيع الأموال، كحق الغرماء⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد فرق بين حالتين من الإكراه، الحالة الأولى: أن يكون مصدر الإكراه أحد طرفي العقد، فيصير العقد بموجبه باطلا وهو المنصوص عليه في المادة 88 من القانون المدني: "يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق"، ويستند المشرع في تقدير جسامة الإكراه الواقعة على

(1)-ابن حزم، المحلى، ج7 ص 510.

(2)-المصدر نفسه، ج7 ص 510.

(3)-الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، ج4 ص 248.

(4)-الخرشي، شرح مختصر خليل، ج5 ص 9. ضياء الدين الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، ط8، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008م، ج 5 ص 195.

المكره، بحسب سنه وجنسه ذكرا أو أنثى، وحالته الصحية والاجتماعية.

والحالة الثانية: أن يكون مصدر الإكراه من غير أطراف العقد، فليس للمتعاقد المكره إبطاله، إلا إذا ثبت أن الطرف الثاني على علم بالإكراه. وهو المستفاد من المادة 89 من القانون المدني: " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر؛ كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الأمر".

ثالثا: حكم بيع المضطر

لا يعتبر الاضطرار من عوارض الأهلية، التي يسقط بها التكليف، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، واختلفوا في كونه وصف مؤثر في الحكم. فذهب ابن حزم إلى أن عقد البيع لازم للمضطر، تثبت به جميع آثاره من نقل الملكية وتسليم العين إلى المشتري، سواء اضطر للبيع، تحصيلاً لقوت نفسه وأهله خشية الهلاك، أو فداء لنفسه وحميمه من عدو، أو إكراه من ظالم لتحصيل مال. واستدل بما ثبت عن النبي ﷺ أنه ابتاع أصوعا من شعير لقوت أهله، ومات ﷺ ودرعه مرهونة في ثمنها، فصح أن بيع المضطر إلى قوته وقوت أهله، وبيعه ما يبتاع به القوت بيع صحيح لازم، فهو أيضا بيع تراض لم يجبره أحد عليه، فهو صحيح بنص القرآن. وأما من المعقول: فالاضطرار حاصل يوميا إلى الابتاع، تحقيقا لمصلحة الحفاظ على النفس، فلو بطل ابتاع هذا المضطر، لبطل بيع كل من لا يصيب القوت من ضيعته وهذا باطل بلا خلاف.

- وأما من باع في إنقاذ نفسه، أو حميمه، من يد كافر أو ظلم ظالم، فإنهما لم يكرها فادي الأسير ولا الأسير، ولا المضغوط على بيع ما باعوا في استنقاذ أنفسهم، أو من يسعون لاستنقاذه، وإنما أكرهوهم على إعطاء المال فقط، ولو أنهم أتوهما بمال من قرض، أو من غير البيع ما ألزموهما البيع فصح أنه بيع تراض⁽¹⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 511.

أما المالكية، فقد اختلفوا في الاضطرار إلى البيع، لتحصيل مال بسبب الإكراه، هل تثبت به الآثار الفقهية لعقد البيع، على النحو التالي:

أ- المشهور أنه غير لازم، ويترتب عليه أنه يحق للبائع، أن يرد متاعه من الشخص الذي اشتراه، دون أن يرد له الثمن، لأن الثمن لم يستلمه المكره لنفسه عند البيع، بل دفعه للظالم⁽¹⁾.
ب- أن البيع لازم، وهو خلاف المذهب، وقد جرى عليه العمل والفتوى عند المتأخرين، واستدلوا على لزوم البيع بوجوب الحفاظ على مصلحة البائع، فلو أن ظالما أكره شخصا على البيع تحصيلًا للمال المطلوب منه، وكان البيع غير لازم للمشتري، فلن يقدم أحد على الشراء وفي هذا مضرة واضحة للمكره⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فلا ينظر إلى الباعث على إنشاء عقد البيع، فقد تكون الظروف ملجئة وملحة إلى الابتياح، أو مجرد تحقيق مصلحة ومنفعة للمتعاقدين، فيكون العقد صحيحا وملزما للطرفين. ويبقى عنصر الاضطرار إذا اتخذ شكل الإكراه على البيع، فالبيع غير لازم وفقا للمادتين 88 و 89 من القانون المدني.

رابعا: حكم بيع الفضولي.

يشترط في العاقدين أن يكونا مالكين تامي الملك، أو وكيلين تامي الوكالة، حتى ينعقد عقد البيع صحيحا، منتجا لجميع آثاره، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري. ويعتبر بيع الفضولي وصف مؤثر في الحكم بصحة عقد البيع، واختلفت التشريعات الثلاث ما بين مضيق وموسع بشروط في إجازة بيعه.

(1) - محمد بن محمد عليش المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 4 ص 441. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه: عبد السلام محمد أمين، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م، ج 5 ص 16. القبرواني، النوادر والزيادات، ج 3 ص 347.

(2) - الخطاب، مواهب الجليل، ج 4 ص 248-249. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 2 ص 4. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3 ص 8-9. شعيب يوسف، المسائل الاجتهادية في عقد البيع عند ابن حزم من خلال كتابه المحلى دراسة فقهية أصولية مقارنة، تحت إشراف: د كمال لدرع، جامعة الأمير عبد القادر كلية الشريعة والاقتصاد، قسم الفقه وأصوله، رسالة دكتوراه 2014 م، ج 1 ص 269-270.

لم يرد عند ابن حزم مصطلح الفضولي برسمه، بل أورد بيانه بحكمه، فذهب إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد به عقد صحيح، وحكمه الفسخ في جميع أحواله، ولا يلزم صاحب المال سواء كان حاضرا أم غائبا، ولا يعتبر صمته رضى بالبيع. وهو المنصوص عليه في قوله: " ولا يجلب لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه، فإن وقع فسخ أبدا - سواء كان صاحب المال حاضرا يرى ذلك أو غائبا - ولا يكون سكوته رضا بالبيع - طالبت المدة أم قصرت - ولو بعد مائة عام أو أكثر، بل يأخذ ماله أبدا هو وورثته بعده"⁽¹⁾. ذلك أن القاعدة الكلية عند ابن حزم، " مال الانسان محرم لذاته"، ولا اعتبار للإسلام أو العقل أو البلوغ أو الذكورية في وصف الانسان. فكل تصرف فيه بغير إذن صاحبه، أو بما أوجبه الشارع أو ممن له سلطة شرعية، هو تصرف باطل يجب فيه الضمان إذا تلفت العين أو هلكت⁽²⁾. ولا اعتبار لإجازة صاحب المال لبيع الفضولي، ليصير العقد صحيحا، إلا بابتداء عقد جديد مع المشتري⁽³⁾.

واستثنى ابن حزم صحة بيع الفضولي لمن خشى عليه فساد ماله بتلف أو هلاك، أو استيفاء حق واجب عليه، ولا عبرة برضاه أو سخطه، قال رحمه الله تعالى: " إلا الغائب الذي يوقن بفساد شيء من ماله فسادا يتلف به قبل أن يشاور، فإنه يبيعه له الحاكم أو غيره، ونحو ذلك، ويشترى لأهله ما لا بد لهم منه - ويجوز ذلك أو ما يبيع عليه بحق واجب ليتتصف غريم منه، أو في نفقة من تلزمه نفقته، فهذا لازم له - حاضرا كان أو غائبا، رضى أم سخط"⁽⁴⁾. فالفضالة إذن عند ابن حزم نوعان: فضالة عادية وحكمها الفسخ أبدا، وفضالة ضرورية أوجبتها الضرورة لحفظ المال، فهي صحيحة في جميع أحوالها.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 352.

(2)- المصدر نفسه، ج 5 ص 429.

(3)- المصدر نفسه، ج 7 ص 352.

(4)- المصدر نفسه، ج 7 ص 352.

أما الملكية⁽¹⁾؛ فبيع الفضولي موقوف على إذن صاحب المال، قال ابن جزى: "فأما الشراء لأحد بغير إذنه، أو البيع عليه كذلك، فهو بيع الفضولي فينقصد ويتوقف على إذن ربه"⁽²⁾. فهو عقد صحيح غير نافذ، ولا يترتب عليه أي أثر إلا عند صدور الإجازة ممن يملكها شرعا، فتقلب الفضالة إلى وكالة. وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ- بيع ملك غير البائع صحيح موقوف على رضا مالكة، وتتحقق الصحة سواء لم يعلم المشتري بأن البائع فضولي، أو علم بذلك، ويقع البيع لازما من جهة المشتري، منحلا من جهة المالك.

ب- يطالب الفضولي البائع فقط بالثمن إذا أجاز المالك بيعه، ولا يطالب به المشتري، لأنه بإجازة المالك للبيع، صار الفضولي البائع وكيله له، والموكل إنما يطالب بالثمن وكيله، لا المشتري من وكيله.

ج- يتوقف البيع على رضا المالك إذا لم يكن البيع بحضرتة، وإلا كان لازما من جهته. وكذلك يكون البيع لازما أيضا إذا كان البيع بغير حضرة المالك، وبلغه عقد البيع من طرف الفضولي، وسكت عاما، أي من حين علمه، ولم يوجد مانع يمنعه من التصريح بالإجازة أو الحل، ولا يعذر بجهل في سكوته إذا ادعاه، وأما لو سكت بعد العلم أقل من عام أو أكثر من عام، وكان هناك مانع يمنعه من قيامه لم يلزمه البيع.

د- يطالب الفضولي بالثمن ما لم يمض عام، فإن مضى عام والمالك ساكت، سقط حقه، أي صار الثمن ملكا للبائع الفضولي، إذا تم البيع بحضرة المالك، وإن بيع بغيرها، أي بغير حضرتة وعلم المالك وسكت عاما، فلا يسقط حقه من الثمن ما لم تمض مدة الإجازة، وهي عشرة

⁽¹⁾-راجع ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3 ص189. ابن عسكر المالكي، إ، رشاد السالك إلى أشرف المسالك، ط3، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ص 80. الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4 ص 272.

⁽²⁾-ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 163.

أعوام، وظاهره أن هذه المدة تناول المبيع سواء: أكان عقارا أو عرضا، مع أن الحيازة في العرض مدتها سنة.

هـ- للمالك حق نقض بيع الفضولي، غاصبا أو غيره، إن لم يفت المبيع، فإن فات بذهاب عينه فقط، كان على الفضولي دفع الأكثر من ثمنه وقيمته غاصبا أو لا⁽¹⁾.

أما الفضالة في القانون الوضعي، فتقوم على تدخل شخص، بتصرف قانوني، أو مادي⁽²⁾ في شؤون الغير، بقصد العمل لهذا الغير، تحقيقا له لمنفعة أو جبتها الضرورة، بحيث تثبت حينئذ للفضولي صفة النيابة عن الغير بقوة القانون، وعليه يكون هذا العمل نافذا بحق الغير دون أن يتوقف على إجازته⁽³⁾، وبناء عليه لا يكفي في العمل أن يكون مفيدا أو نافعا لرب العمل لتبرير تدخل الفضولي في شؤونه، فلن يستطيع من قام بهذا العمل الرجوع بدعوى الفضالة، إلا إذا أقره رب العمل وعندئذ تطبق أحكام الوكالة، فلا يجوز للفضولي البناء في أرض مملوكة لرب العمل لتحقيق استغلال هذه الأرض، أو أن يعقد صفقة لرب العمل لأنها مفيدة له.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري الفضالة مصدرا من المصادر الإرادية للالتزام، وعرفها في المادة 150 من القانون المدني: "الفضالة هي: أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".

فطرفا الفضالة هما الفضولي: الذي يتولى أمر غيره، ورب العمل: المستفيد الذي يتولى الفضولي الشأن لحسابه.

(1)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3 ص12. منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4 ص458. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3 ص26. التوضيح في شرح المختصر لابن الحاجب، ج5 ص225. شعيب يوسف، المسائل الاجتهادية في عقد البيع عند ابن حزم، ج1 ص299-300.

(2)- تصرف قانوني كدفع ضريبة مستحقة على رب العمل توكيا للحجز الإداري، أو مادي كجني محصول يخشى عليه من التلف.

(3)- فاطمة أسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، تحت إشراف: أ د جعفر محمد سعيد، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015 م، ص217.

ويلتزم الفضولي وفقا لأحكام المواد من 153-155 قانون مدني بالتزامات أربعة هي:

أ- الالتزام بالمضي في العمل الذي بدأه، إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، حتى لا يشيع التدخل في شؤون الناس دون رادع. ولذا يجب على الفضولي أن يستمر في العمل الذي بدأه سواء باسمه الشخصي أم باسم صاحب المال، حتى يستطيع هذا الأخير أو ورثته من مباشرته بنفسه، فإذا تحقق ذلك سقط الالتزام من على عاتق الفضولي.

ب- الالتزام ببذل عناية الرجل العادي في القيام بالعمل، فإذا أخطأ الفضولي وترتب على ذلك إضرار لصاحب المال، فإن الظروف تبرر التخفيف من مسؤوليته، لأنه متفضل في تدخله لمصلحة رب العمل فيقضي القاضي التعويض المستحق عن الخطأ. وتنص على ذلك المادة 154 من القانون المدني: "يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي ويكون مسؤولاً عن خطئه، ومع ذلك فللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك."

ج- إخطار رب العمل بتدخل الفضولي لتحقيق مصلحة معينة لصالحه، حتى يستعمل هذا الأخير حقه في نهي الفضولي عن إتمام العمل، أو حقه في أن يباشر بنفسه العمل بدلا من الفضولي. وهو المنصوص عليه في المادة 153 من القانون المدني: " كما يجب عليه أن يخاطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك."

د- أن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة. فإذا أجاز صاحب المال تصرف الفضولي، صار وكيلا ولزمته أحكام الوكالة، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 155 من القانون المدني: " يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل، من رد ما تسلمه بسبب الفضالة، وتقديم حساب ما قام به."

وبالمقابل نجد التزامات صاحب العمل تجاه الفضولي تتمثل في (التنفيذ والتعويض) وبيان

ذلك فيما يلي:

- تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه.
- تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيا.
- تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.
- رد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، ودفع أجر الفضولي متى كان العمل داخلا في أعمال مهنته⁽¹⁾. وهو المنصوص عليه في المادة 157 من القانون مدني: " وفي هذه الحالة يكون ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم بها. ويرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه، بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي اجرا على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته."

الفرع الثاني: الإلزام في عقد البيع باعتبار محل العقد

محل عقد البيع هو سبب إنشاء العقد وإبرامه، وتتعلق به أوصاف مؤثرة في الحكم وهي نوعان، النوع الأول: تعلق حق الله تعالى بالعبد، فلا يكون معصية أو مفضيا إليها. النوع الثاني: تعلق حق العبد بالعبد، فلا يكون مجهولا أو غير مقدور عليه، أو مغصوبا، ... وجماع تأصيل هذا كله، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (النساء:

29)

وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية، أما المشرع الجزائري فلا يرد عنده مصطلح المعصية، ويتعلق الوصف المؤثر في الحكم بإجازة المشرع وعدم مخالفته للنظام العام.

(1)-راجع: محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ط2، الجزائر: دار الهدى 2004، م، ج2 ص 285

وما بعدها .

أولاً: تسعير الثمن

جرت أعراف التجار في السوق، على وضع أسعار موحدة لسلعهم، تكون معياراً للجودة والرداءة، ترتفع وتنخفض بحسب العرض والطلب. فهل يعتبر عرفهم ملزم لكل تاجر؟. مذهب ابن حزم أن عرف التجار في التسعير غير ملزم، فلكل تاجر الحرية في تثمين سلعته بما يراه مناسباً لتجارته، وهو المنصوص عليه في قوله: " وجائز لمن أتى السوق من أهله، أو من غير أهله، أن يبيع سلعته بأقل من سعرها في السوق، وبأكثر، ولا اعتراض لأهل السوق عليه في ذلك، ولا للسلطان"⁽¹⁾. فليس لولي الأمر، أو لأهل السوق سلطة إلزام، تحمل التاجر على التسعير بنفس أسعار السوق.

و يتفق المالكية⁽²⁾ مع ابن حزم، في أن الأصل العام أن لا يسعر على أحد ماله، ولا يكره على بيع سلعته ممن لا يريد، ولا بما لا يريد. واستثنوا من هذه القاعدة إذا وقع الضرر على عامة التجار، فإن لولي الأمر أن يلزمه بالتسعير، وهو المستفاد من قول ابن عبد البر: "لا يسعر على أحد ماله، ولا يكره على بيع سلعته ممن لا يريد ولا بما لا يريد، إلا أن يتبين في ذلك ضرر داخل على العامة، وصاحبه في غنى عنه، فيجتهد السلطان في ذلك، ولا يحل له ظلم أحد، ولم ير مالك رحمه الله، أن يخرج أحد من السوق إن لم ينقص من السعر، قال وحسبه من كره الشراء منه، اشترى من غيره، وقد روي عنه أنه من حط سعراً، أمر بإلحاقه بسعر السوق فإن أبي أخرج منها"⁽³⁾.

فاجتهاد المالكية قائم على دفع المفسدة والمضرة التي تلحق بمجموع التجار، فتخلق بينهم العداوة والبغضاء. ويستدرك على ابن حزم بمقتضى قواعد منهجه، أن إطلاق حرية التاجر بما يضر به عامة التجار، ويخل بتوازن السوق في العرض والطلب، مخالف لقاعدة: "التعاون على

(1)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص 537.

(2)-راجع: القيرواني، النوادر والزيادات، ج6 ص 449-450، القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، ج2 ص 152. المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج6 ص 254.

(3)- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2 ص 730.

البر والتقوى".

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية؛ في تكريس مبدأ حرية الأسعار وفق قواعد المنافسة، بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 وهو المنصوص عليه في المادة 4: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة"⁽¹⁾ ويسير المشرع الجزائري في نفس مسار المالكية، في إعطاء ولي الأمر الحق في تسعير المواد الاستراتيجية، وكذلك إذا لحق ضرر بالعوام (المستهلك)، أو بفتحة التجار نتيجة ظروف استثنائية، وهو ما أشار إليه في المادة 5: "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، بموجب مرسوم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة. كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار، أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط، بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة... تتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم لمدة أقصاها ستة أشهر بعد أخذ رأي مجلس المنافسة"⁽²⁾.

ثانيا: ضمان المبيع في العقد الصحيح

ضمان المبيع متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، ووقع الخلاف بينهم في من يلزمه الضمان إذا هلك المبيع أو تلف، البائع أو المشتري. فذهب ابن حزم إلى أن: " كل بيع صح وتم، فهلك المبيع إثر تمام البيع، فمصيبته من المبتاع ولا رجوع له على البائع. وكذلك كل ما عرض فيه من بيع أو نقص، سواء في كل ذلك كان المبيع غائبا أو حاضرا،... أو كان ثمرا قد حل بيعه، فأجبح كله أو أكثره أو أقله، فكل ذلك من المبتاع ولا رجوع له على البائع بشيء"⁽³⁾. ويستفاد من قوله: أن المشتري ملزم بضمان المبيع دون البائع. بمجرد تمام البيع وانعقاده. و استدلل لذلك بما رواه من طريق مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: " أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال

(1)-أمر رم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، (ج ر ع 43 ص 26).

(2)-المصدر نفسه، ص 26.

(3)-ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 271-272.

رسول الله ﷺ: "تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"⁽¹⁾ فأخرجه رسول الله ﷺ من ماله لغرمائه، ولم يسقط عنه لأجل الجائحة شيئاً². فبمقتضى منهجه الظاهري، ليست هناك قرينة تدل على أن الثمار كانت بيد البائع أو المشتري، فيحمل اللفظ على ظاهره وعمومه، من أن هلاك المبيع يتحمله المشتري لا البائع.

أما المالكية⁽³⁾، فمذهبهم التفصيل وهو كالتالي:

1- الضمان بعد قبض المبيع يكون من المشتري وخسارته منه اتفاقاً، إلا ما يبيع من الثمار فأصابته جائحة.

2- ينتقل الضمان إلى المشتري بمجرد العقد الصحيح اللازم، حتى ولو لم يقبض المبيع، ويستثنى منه مسائل تستلزم القبض، وهي:

أ- بيع الغائب على الصفة، أو على رؤية سابقة، فإن ضمانه إذا ضاع، قبل أن يقبضه المشتري على البائع، لأنه قد ينتفع به ويستلطفه ويستبدله، فيعرضه للنقص أو الضياع، ولهذا لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بالقبض، باستثناء العقار ف ضمانه من المشتري ولو لم يقبضه.

ب- ما يبيع على الخيار، فإن ضمانه إذا ضاع مدة الخيار على البائع، لأنه لا يزال على ملكه، ولا يدخل في ضمان المشتري إلا بانقضاء مدة الخيار.

ج- ما يبيع وكان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد من الأموال المثلية بخلاف الجراف، فلا تدخل في ضمان المشتري بالعقد، فإن ضاعت قبل كيلها أو وزنها ف ضمانها على البائع. لأن المشتري قبل التوفية لا يمكنه تسلم المبيع ولا يستطيع الانتفاع به كالمال الذي في الذمة.

(1)- صحيح مسلم، باب استحباب الوضع من الدين، ج 3 ص 1191.

(2)- المصدر نفسه، ج 7 ص 280.

(3)- الذخيرة ج 5 ص 85. منح الجليل شرح مختصر خليل ج 5 ص 196. المازري، شرح التلغين، ج 2 ص 677. الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعنى به: أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، ط 1، دار ابن حزم، 2007م. ج 7 ص 170.

د- حبس السلعة من طرف البائع عن المشتري حتى يعطيه الثمن، فإذا ضاعت مدة بقائها

عند البائع، فضمامها عليه لأنه امتنع عن التسليم، إلا أن تقوم بينة على هلاكها عنده من غير تفريط، فلا ضمان عليه، بل الضمان على المشتري لتسببه في عدم التسليم بتأخيره دفع الثمن.

هـ- حبس السلعة من طرف البائع عن المشتري، لغرض توثيق البيع عن طريق الإشهاد، أي حتى يحضر المشتري من يشهده على التسليم أو على أنه لم يقبض الثمن. و في هذه الحالة إذا ضاعت عند البائع فضمامها منه لأنه امتنع من التسليم.

و- الثمار المباعة يباع صحيحا على رؤوس الشجر بعد بدو صلاحها، إذا أصابتها عاهة أو جائحة، قبل تمام طيبها، كأن تتعرض للسقوط بفعل ريح أو مطر أو إصابة الجراد... فضمامها من البائع، لأن الثمرة تحتاج إلى بقائها في الأصل وتغذيتها به، أما ما أصابها من الجوائح بعد انتهاء طيبها، فضمامه من المشتري، لتفريطه بتمككه من أخذها. وهذا الحكم يتعلق فقط، بما إذا كان سبب ضياع الثمر هو الجوائح لا غير، أما إذا كان سببه هو الاعتداء كغصب الثمار وسرقتها وهي على رؤوس الأشجار، فضمامها من المشتري بمجرد العقد⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أزم البائع بنوعين من الضمان، وهما: ضمان عدم التعرض والاستحقاق، و ضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

1- ضمان عدم التعرض والاستحقاق: ويقصد به عدم تعرض البائع بشخصه أو بغيره، بأي تصرف يحول بينه وبين المشتري، من تملك المبيع عينا ومنفعة، تملكها كلياً ونهائياً. حيث نصت المادة 371 من القانون المدني على ما يلي: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع، كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله، أو فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه." وهذا الحق قائم بقوة القانون، فلا يحتاج إلى ذكره في العقد، ولكن يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديله، سواء بالزيادة أو النقصان أو

(1)-راجع: شعيب يوسف، المسائل الاجتهادية في عقد البيع عند ابن حزم، ج 1 ص 324-325 .

(2)-راجع: حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، ص 145 وما بعدها .

الإسقاط، وهو ما نصت عليه المادة 377 من القانون المدني: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق

خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه".

وقد نظم المشرع الجزائري؛ الإلزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق، ضمن المواد

371، 378 من القانون المدني.

2- ضمان العيوب الخفية: من مقتضيات عقد البيع؛ ضمان البائع العيوب الخفية، ،

وشرط هذه العيوب أن تكون خفية وتنقص من قيمة المبيع، أو تفوت الانتفاع المقصود من عقد

البيع، ويلزم البائع الضمان ولو لم يكن عالما بها. ويستثنى من هذه القاعدة إذا علم بها المشتري

وقت البيع، أو كان بإمكانه الاطلاع عليها⁽¹⁾. وهو المنصوص عليه في المادة 379 من القانون

المدني: " يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها

وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب

الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله

فيكون ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها. غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب

التي كان المشتري على علم بها وقت المبيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص

المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو

أنه أخفاها غشا.

ثالثا: تسليم البدلين بين المتعاقدين.

نزاع المتعاقدين في المبادرة بتسليم البدلين، وصف مؤثر في الحكم بالإلزام. وهو مختلف

فيه بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري.

فذهب ابن حزم إلى إلزام المتعاقدين تسليم العوضين في آن واحد، ولا مفاضلة بينهما،

لتحقق الملكية لكليهما، وهو المستفاد من قوله: "ومن باع شيئا فقال المشتري: لا أدفع الثمن حتى

أقبض ما ابتعت؟ وقال البائع: لا أدفع حتى أقبض. أجبرا معا على دفع المبيع والثمن معا؛ لأنه ليس

(1)-المصدر السابق، ص 162 وما بعدها

أحدهما أحق بالإنصاف والانتصاف من الآخر، ويبد كل واحد منهما حق للآخر، وفرض على كل واحد منهما أن يعطي الآخر حقه، فلا يجوز أن ينخص أحدهما بالتقدم، وفعل ذلك جور، وحيث، وظلم⁽¹⁾. فإذا تحقق الامتناع من المشتري، صار للطرف الثاني حق الاحتباس، مع عدم الضمان فيما هلك وتلف من غير تعد منه. وإن كان الامتناع من البائع صار ضامنا⁽²⁾. فلم يعتبر ابن حزم هنا قاعدة العرف الذي جرى عليه العمل بين فئة التجار، لإلزام أحد طرفي العقد في المبادرة بالتسليم، لأن الأصل البراءة من كل إلزام إلا إلزام أوجبه النص.

أما الملكية؛ فقد ذكر الدسوقي الحالات التي يجب فيها إلزام أحد المتعاقدين أو كليهما، تبعا لنوعية البديلين، قال رحمه الله تعالى: "لو قال كل من المتبايعين لصاحبه لا أقبضك ما بيدي حتى أقبض ما بيدك (بدئ المشتري) بدفع الثمن النقد جبرا (للتنازع) أي عنده إذا كان المبيع عرضا، أو مثليا؛ لأنه في يد بائعه كالرهن على الثمن فكلامه في بيع عرض، أو مثلي بنقد، وإلا لم يجبر واحد على التبدئة ثم إن كان العقد على نقدين مبادلة، أو صرفا قيل لهما إن تأخر قبضكما انتقض العقد، وإن كانا مثليين غير ما ذكر، أو عرضين تركا حتى يصطلحا، فإن كانا بحضرة حاكم وكل من يتولى ذلك لهما"⁽³⁾.

أما التشريع الجزائري، فقد ألزم البائع بتسليم المبيع، وهو المنصوص عليه في المادة 1/367 من القانون المدني: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه تسلم ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية." فالبايع يقوم بالأعمال الضرورية التي تجعل المبيع تحت سيطرة المشتري، حتى يتمكن من الانتفاع بالمبيع كمالك، وفي المقابل يتعين على المشتري استلام المبيع، فإذا تماطل بالاستلام،

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 313.

(2)- المصدر نفسه، ج 7 ص 314.

(3)- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3 ص 147.

فلا يكون البائع مخلا بالتزامه. وقد قرر المشرع الجزائري هذا الحكم، من أجل حماية البائع، الذي يظل المبيع في حيازته المادية لمدة طويلة، رغم تنفيذه لالتزامه بالتسليم، مع تعنت المشتري في تسلم المبيع، خاصة إذا كان المبيع يحتاج إلى مصروفات المحافظة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الإشهاد والكتابة عند عقد البيع

الإشهاد والكتابة صفتان متلازمتان لتوثيق عقد البيع، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم. فذهب ابن حزم إلى أن نوعية المبيع ومقداره، صفتان غير مؤثرتان في الحكم بوجوب توثيق عقد البيع، وهو المنصوص عليه في قوله: " وفرض على كل متبايعين - لما قل أو كثر - أن يشهدا على تبايعهما رجلين، أو رجلا وامرأتين من العدول، فإن لم يجدا عدولا سقط فرض الإشهاد... فإن لم يشهدا - وهما يقدران على الإشهاد - فقد عصيا الله عز وجل، والبيع تام، فإن كان البيع بثمن - إلى أجل مسمى - ففرض عليهما مع الإشهاد المذكور أن يكتباه، فإن لم يكتباه، فقد عصيا الله عز وجل والبيع تام. فإن لم يقدرا على كاتب فقد سقط عنهما فرض الكتاب"⁽²⁾.

فالإشهاد على عقد البيع لازم في جميع حالاته، ولا يسقط إلا بانتفاء صفة العدالة. أما الكتابة فلازمة في البيوع بثمن مؤجل فقط. فإن أحل المتعاقدان بفرضية الإشهاد والكتابة، فالبيع تام مع تحقق الإثم.

ومستند ابن حزم في الإلزام هو آية الدين، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ

(1)-راجع: حوحو يمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، ص 123.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 224 - 225.

مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ * وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلِتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾ *

﴿٢٨٣﴾ (البقرة: 282، 283) وبعقضى منهجه الظاهري فالأمر يفيد الوجوب وهو على ظاهره وعمومه، قال ابن حزم: " فهذه أوامر مغلظة مؤكدة لا تحتل تأويلا، أمر بالكتاب في المدائنة إلى أجل مسمى، وبالإشهاد في ذلك في التجارة المدارة، كما أمر الشهداء أن لا يأبوا أمرا مستويا، ... وأخبر تعالى أن الكاتب إن ضار - ولا شك في أن امتناعه من الكتاب مضارة، وأن امتناع الشاهد من الشهادة إذ دعي فسوق، ثم أكد تعالى أشد تأكيد، ونهانا أن نسأم كتاب ما أمرنا بكتابه، صغيرا كان أو كبيرا. وأخبر تعالى أن ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة، وأدنى من أن لا نرتاب، وأسقط الجناح في ترك الكتاب خاصة، دون الإشهاد في التجارة المدارة، ولم يسقط الجناح في ترك الكتاب فيما كان دينا إلى أجل مسمى" (1).

ويختلف المالكية مع ابن حزم، في حمل الأمر في آية الدين على الندب لا على الوجوب، وهو المستفاد من قول ابن العربي: " وقال الجمهور: الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 225.

وإزالة الريب، وإذا كان الغريم تقيا فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك، فالكتاب ثقاف في دينه وحاجة صاحب الحق"⁽¹⁾. وهو ما أشار إليه القاضي عبد الوهاب من أن: "الإشهاد في عقد البيع مستحب وليس بواجب، خلافاً لداود؛ لأنه عقد من العقود فأشبهه سائرهما، ولأنه وثيقة كالرهن والكفالة"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد ألزم بالكتابة في عقود بيع العقار فقط، وجعلها الركن الرابع من أركان عقد البيع لا تتم إلا به، فلا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على أن يتم العقد بدون الشكل الذي يستلزمه القانون، أو الاتفاق على إنجازه لاحقاً ففي كل الحالات لا يكون العقد منعقداً. وهو المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 (جديدة): "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد."

وبذلك نكون قد أنهينا الفصل الثاني في الإلزام بدفع الأموال عند ابن حزم والمالكية والشرع الجزائري، لنتقل إلى الفصل الثالث وهو الإلزام بتزاع الملكية أو بتقييدها عند التشريعات الثلاث.

⁽¹⁾-ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3 ص 383.

⁽²⁾-القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ط1، دار ابن حزم، 1999م، ج2 ص 963.

الفصل الثالث:

الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن

حزم

مقارنة بالمذهب المالكي والقانون الجزائري.

تقديم

الإلزام بنزع الملكية، هو جبر صاحب المال على إخراج المال من ذمته بمقتضى شرعي أوجب نقل ملكيته إلى ذمة أخرى، وأما تقييدها فهو ضبط حرية التصرف لمنع فساد أو ضرر يلحق بالغير. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم.

كما سنعمد في دراستنا على الإجراءات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري، ويقصد بها المسالك القانونية المتبعة لرفع دعوى قضائية، بغرض كسب المصادقية والشرعية على الإلزام بنزع أو تقييد التصرفات المالية.

وتعتبر الإجراءات القانونية من المصالح المرسلّة؛ التي لم يشهد الشارع باعتبارها أو بالغائها. ووفقا لقاعدة تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة، وقاعدة الوسائل تأخذ حكم مقصدها، فهي معتبرة شرعا ما لم تخدم كلي العدل ورفع الظلم. وهو ما سنتناوله بالبيان. والتفصيل من خلال المبحث الأول: الإلزام بنزع الملكية. والمبحث الثاني في الإلزام بتقييدها.

المبحث الأول: الإلزام بتزع الملكية

يتفق ابن حزم والمالكية⁽¹⁾ والمشرع الجزائري⁽²⁾ على شرعية الملكية الفردية، ومنع كل أساليب الاعتداء عليها، لمطلق الآدمية فلا اعتبار لدين أو لغة أو جنس، وترد على هذه القاعدة استثناءات تخرج الملكية من ذمة صاحبها إلى ذمة مجموع أفراد الأمة، لرجحان مصلحتهم على مصلحة الفرد، ولاحتمال ضرر أخف مقابل ضرر أشد، وأمام هذه الاستثناءات تختلف الأوصاف المؤثرة في الحكم بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

المطلب الأول: الإلزام بتزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة

اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري حول مشروعية نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، بين مضيق وموسع. وهو ما سنفصله فيما يلي:

الفرع الأول: التكييف الفقهي والقانوني لتزع الملكية

الاستملاك هو نزع الملك الخاص جبرا عن صاحبه، لتحقيق نفع عام لقاء تعويض عادل. ولا يجد هذا النوع من التصرفات شرعية أو مصداقية عند ابن حزم، لمخالفته النصوص الكلية القطعية في عدم أكل أموال الناس بالباطل. فالقاعدة العامة عنده أنه: " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه، مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا"⁽³⁾، وقوله أيضا: " لا يجل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض منه، والإجبار على البيع إخراج للمال عن صاحبه إلى من هو حرام عليه بنص القرآن والسنة، وهذا ظلم لا شك فيه"⁽⁴⁾. فرجح ابن حزم

(1) - تضافرت نصوص الشريعة على احترام الملكية الفردية، ووضعت القواعد الكفيلة لحمايتها من حيث الوجود والعدم، حتى صار حفظ المال مقصدا كليا من مقاصد الشرع .

(2) - نص المشرع الجزائري في دستور 1976م في المادة 16: " الملكية الفردية ذات الاستعمال الشخصي أو العادي مضمونة." وهو نفس ما أكدته الدساتير الموالية 1989م في مادته 49: " حق الملكية مضمون" وتقابلها المادة 52 من دستور 1996 المعدل 15/08.

(3) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 85.

(4) - المصدر السابق، ج 6 ص 422.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

مصلحة صاحب المال، وشرعيته في التمسك بماله، على مصلحة ومنفعة الغير في انتقال العين إلى

ذمته. وهذا تمسك منه بظاهر نصوص الوحي: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (النساء: 29)، " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"⁽¹⁾.

والصورة الوحيدة التي أجاز فيها ابن حزم الجبر على إخراج ملكية المال من ذمة صاحبها إلى جهة مستفيدة، هي حالة إلزام الأغنياء القيام بالفقراء وهو المنصوص عليه في قوله: " وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكوات بهم، ولا في سائر أموال المسلمين، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف. بمثل ذلك، وبمسكن يكتفونهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة"⁽²⁾. ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة عند ابن حزم دون اعتبار لنوع المال، يكون من مجموع الأغنياء لصالح الفقراء، وضابطه أن يكون هناك عجز في مصادر الخزينة العامة للدولة. ولا بد من التنبيه على أن الغنى وصف مؤثر في الحكم، فلا تترع ممن دونه منزلة، فما هو حد الغنى الموجب لترع الملكية؟، أشار ابن حزم إلى أن مراتب الناس في تملكهم للمال أربعة: من كان عديما وهو الفقير، ومن له ما لا تقوم به ضروريات حياته وهو المسكين، قال تعالى: ﴿أَمْ أَلْسَفِينَۙ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾ (الكهف: 79) فسامهم الله تعالى مساكين ولهم سفينة؛ ولو كانت تقوم بهم لكانوا أغنياء بلا خلاف، ومن كان في غنى عن غيره وهو الغني، ومن زاد عن كفاية نفسه وعياله إلى السعة وهو الموسر، وفي ذلك يقول: " أنه ليس إلا موسر أو غني، أو فقير أو مسكين في الأسماء. ومن له فضل عن قوته. ومن لا يحتاج إلى أحد وإن لم يفضل عنه شيء. ومن له ما لا يقوم بنفسه منه. ومن لا شيء له فهذه مراتب أربع معلومة بالحس. فالموسر بلا خلاف: هو الذي يفضل ماله عن قوته وقوت عياله على السعة. والغني: هو الذي لا يحتاج إلى أحد وإن كان لا يفضل عنه شيء؛ لأنه في غنى عن غيره. وكل

(1) - سبق تخريجه .

(2) - ابن حزم، المحلى، ج4 ص 281.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند إبن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

موسر غني، وليس كل غني موسرا⁽¹⁾. فالغني هو كل من كان في كفاية نفسه وعياله تعدت إلى غيره أو قصرت عليه.

أما الملكية فنجد أن قاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة أكثر مرونة واتساعا في تحقيق مقاصد المعاملات من المنهج الظاهري، فترع الملكية الخاصة لأجل المصلحة العامة ينصب على الملكية العقارية فقط، ويندرج تحت القاعدة الكلية: " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام " قال الشاطبي: " لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، ... وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه القيرواني من فعل الصحابة رضوان الله عليهم، قال: " أول من زاد في مسجد النبي - عليه السلام - في قبلته ومن ناحية دار مروان عمر. وزاد في المسجد الحرام فعل ذلك فيهما، وأدخل في ذلك دورا محبسة وغير محبسة ودفع أثامها إلى أهلها، ثم زاد عثمان فيهما قبلة وفعل كما فعل عمر، فأبوا من أخذ الأثمان وصاحوا، فأوقفها لهم وأمر بحبسهم، واحتج بفعل عمر"⁽³⁾.

فالباعث على نزع الملكية الخاصة من يد صاحبها، هو تحقيق مصلحة عامة أو دفع ضرر عام يمس فئة كبيرة من المجتمع. بحيث تنعدم كل الوسائل المشروعة لتحقيق هذا النفع العام إلا وسيلة البيع الجبري، حينها يصح اللجوء إليها، إذ قد تعينت لتحقيق تلك المصلحة العامة⁽⁴⁾. ولما كان نزع الملكية الخاصة مظنة الخصومة والاعتراض من أصحابها، فإن تولى الحاكم - لما له سلطة إلزام وولاية عامة - يقطع الخلاف ويمنع التمرد عن تنفيذ الحكم، ويلزم الملاك بالتنفيذ كرها وقهرا بما يضمن تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وفق قاعدة " تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة. " كما ينبغي أن يكون نزع الملكية العقارية مقابل تعويض فوري عادل يقدره

(1)-المصدر السابق، ج 4 ص 272.

(2)-الشاطبي، الموافقات، ج 3 ص 58-75.

(3)-القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ج 12 ص 88.

(4)-يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دط، القاهرة: دار النهضة العربية، 1986م، ص 299.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل، فأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر⁽¹⁾، وفي ذلك يقول القرافي: "وانتقال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال، وهو أقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض"⁽²⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع المذهب المالكي في تقرير مشروعية نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة، وهو المنصوص عليه في المادة 22 من القانون الدستوري المعدل في 6 مارس 2016 م: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف". كما أنه نص في المادة 2 من القانون رقم 11/91 المتعلق بقواعد نزع الملكية على ما يلي: "يعد نزع الملكية للمنفعة العامة، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية." فبالرغم من قدسية حق الملكية، فإن الدولة تضطر للمساس به تحت وطأة الحاجات الاجتماعية المتزايدة التي تدفعها للتكفل بوظائف أخرى، إضافة لوظائفها التقليدية التي لها صلة بالمصلحة العامة كبناء العمران، وشق الطرقات، وبناء الموانئ والمطارات، وغيره مما يقتضيه تطور الحياة البشرية، والقاعدة العامة هي استعمال الدولة لأملكها العامة، والاستثناء هو استيلائها على الأملاك الخاصة باستعمال الطرق الجبرية لتنفيذ مشاريعها، إلا أنها تفتقد الشرعية القانونية للاستيلاء على هذه الأموال خارج نطاق المنفعة العامة. كما أن الدولة مقيدة في وضع يدها على الملكيات والحقوق العقارية بتقديم تعويض عادل ومنصف للمالك وأصحاب الحقوق الأخرى، كمتقابل عن حرمانهم من ملكيتهم وحقوقهم. ويفترض أن يكون التعويض نقدا واستثناء عينا قبل صدور القرار النهائي بتزع الملكية للمنفعة العامة⁽³⁾.

ولقد كانت الأسباب الشرعية الموجبة لتزع الملكية في ظل قانون نزع الملكية لسنة 1976م، المخططات الوطنية والمحلية للتنمية، ولقد وسع هذا القانون من قاعدة الأسباب؛

(1)- ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دط، دار الكتب العلمية، دت، ص 73.

(2)- القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج 1 ص 196.

(3)- سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، ط 1، القاهرة: دار السلام، 1993م، ص 120.

النص على جميع العمليات المستوفية للحاجات العامة، وأما ما يميز قانون 1991م في المادة 2؛ فقد ترك المجال مفتوحا لأسباب نزع الملكية، وذكرت على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن ضبطها في معيارين اثنين:

أ- وجود مخططات للتعمير أو مشاريع تجهيز وأشغال كبرى:

إن نزع ملكية الأفراد ؛ بغرض إنجاز مشاريع معينة خارج إطار المخططات العمرانية أو التعميرية، يعتبر عملا غير مشروع لا لافتقاره للمنفعة، بل لأنه خارج الأطر القانونية التي وضعها المشرع. ولذلك يعتبر المخطط العمراني السبب المستقل عن إرادة الإدارة نازعة الملكية، والذي يدعوها إلى التدخل، وقيام مثل هذا السبب لا يثير أي إشكال في شرعية قرار الإدارة.

ب- قيام الحاجة العامة

تقوم الحاجة العامة ؛ في حالة عدم وجود أو نقص ما هو موجود من منشآت وخدمات، مما يدفع بالإدارة للتدخل حتى تتحقق الفائدة العامة، وقيام الحاجة العامة مستخلص من عبارة نص المادة 3 من قانون 1976م، ومستوحى من روح نص المادة 2 من قانون 1991 م، الذي ذكر على سبيل المثال فقط، أسباب نزع الملكية. وبالتالي فإن للإدارة سلطة تقديرية في تحديد مفهوم الحاجة العامة لمرونته. ولقد وضع قانون نزع الملكية رقم 11/91 في المادة 10 أن يتضمن قرار التصريح بالمنفعة العامة تحت طائلة البطلان أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه. ولا تتحقق مشروعية هذه الأهداف إلا ببيان الأسباب المعتبرة والتي لها المصادقية القانونية. وللقضاء سلطة رقابة على القرارات الإدارية في تحديد مدى اعتبار الحاجة الملحة وجديتها، ومدى عموم الفائدة التي يراد تجسيدها على أرض الواقع⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - ناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الإداري، إشراف الدكتور: بارش سليمان، باتنة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، 2006م ص 8، 9.

الفرع الثاني: أطراف نزع الملكية

إن أطراف نزع الملكية تتحدد وفق ما نص عليه ابن حزم في حالة استثنائية، تتمثل في الدولة والأغنياء والفقراء. وهي معايير تختلف بالنسبة للملكية والمشرع الجزائري، وإن كان الطرف المشترك والمتفق عليه هو الدولة لأنها صاحبة السيادة في خرق قاعدة مشروعية الملكية الفردية. وسيكون اعتمادنا على ما قننه المشرع الجزائري مع بيان موقف المنهج الظاهري والمذهب المالكي في حالة المخالفة.

أجازت المادة 39 من القانون رقم 91/11 المنظم لعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، للطرف الذي يهمله الأمر أن يرفع دعوى تعويض أمام القضاء المختص، غير أن نص المادة لم يحدد الأطراف الذين يحق لهم رفع هذه الدعوى.

أولاً: الطرف النازع للملكية

بالرجوع إلى المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93/186؛ والتي تنص على أن التصريح بالمنفعة العامة لا يكون إلا بقرار وزاري مشترك أو بقرار من الوالي، وهو ما يفيد أن الدولة والولاية هما الشخصان المعنويان الوحيدان اللذان لهما الحق في نزع الملكية، إذا اعتبرنا أن الشخص الذي يملك حق إصدار قرار التصريح بالمنفعة العامة، هو الشخص الذي يملك حق نزع الملكية. وذلك حسب أهمية وموقع المشروع الذي يراد إنجازه، فإن كان مشروعاً وطنياً يعبر عدة ولايات فهو من اختصاص الوزير أما إذا كان لا يتجاوز حدود ولاية معينة فهو من اختصاص الوالي⁽¹⁾.

إن قصور نزع الملكية على الدولة سببه أن نزع الملكية مظهر من مظاهر السيادة، فالملكية الخاصة للأفراد محمية قانوناً ودستورياً من الاعتداء والسلب، ويعتبر نزعها بالمنفعة العامة استثناءً عن حرمة الملكية الخاصة، ذلك أن الأشخاص المعنوية العامة، والأشخاص المعنوية الخاصة

(1) - المصدر السابق، ص 22 - 23.

والأفراد لا يتمتعون بهذا الامتياز حتى ولو كان المقصد تحقيق منفعة عامة حقيقية وآنية.

ثانيا: المستفيد من نزع الملكية

بالرجوع إلى قانون 11/91 والمرسوم التنفيذي رقم 186/93 نجد أنهما لم يتضمنا أي إشارة، إذا كان نزع الملكية مقتصر على الدولة والجماعات المحلية، أم يمكنها مباشرة العملية لحساب مستفيد آخر؟. بينما نجد المنشور الوزاري المشترك 0007 الصادر في 11 ماي 1994، قد تناول هذه الحالة إذ يمكن مثلا للمؤسسات العمومية بالاستفادة من نزع الملكية بواسطة الشخص الإقليمي الذي ترتبط به لكن دائما في إطار إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة⁽¹⁾.

ثالثا: المتضرر من نزع الملكية

المتضرر من نزع الملكية هو صاحب الحق العقاري، الذي باشرت الدولة في حقه اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة. وغالبا ما يكون المتضرر شخصا طبيعيا فردا أو جماعة، سواء كان العقار ملكا لجزائري أو أجنبي باستثناء السفارات التي تخضع لمبدأ امتداد السلطة. إلا أنه لا يوجد في القانون ما يمنع أن يكون نزع الملكية منصبا على أملاك شخص اعتباري خاص، كالشركات الخاصة والجمعيات، أما الملكية العامة فتتمتع من الناحية القانونية بحصانة مطلقة ولا يرد عليها أي استثناء، بحيث تمنع كل أنواع التصرف فيها، فتلجأ الدولة بصفقتها نازعة للملكية لتجاوز هذه العقبة القانونية، إلى عقد اتفاق بين الوزارات المعنية للوزارة الوصية على الملك العام، ب هدف نقل ملكيتها إلى الوزارة المستفيدة دون المرور عبر إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة. وأضاف المشرع الجزائري في صنف المتضررين المستأجرين للمحلات السكنية وحتى الشاغلين والتجار والصناعيين والحرفيين⁽²⁾.

(1) - أحمد رحمان، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجزائر، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة 1994، المجلد 4 العدد 2، ص 10.

(2) - مقداد كرجلي، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1996م، العدد 2 ص 34.

الفرع الثالث: إجراءات نزع الملكية

يقصد بالإجراءات في نطاق نزع الملكية للمنفعة العامة، الشكليات التي يجب على الإدارة اتباعها، للوصول إلى نقل الملكية من الذمة المالية للمالكها إلى ذمة الدولة تحقيقا لمنفعة عامة. وتعتبر هذه الشكليات من المصالح المرسلّة؛ التي أنيط بها حفظ كلي العدل ورفع الظلم، وفق قاعدة تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة، وقاعدة الوسائل تأخذ حكم مقصدها.

أولاً: تقدير المنفعة العامة

تخضع عملية نزع الملكية إلى إجراءات أولية مسبقة، تتكفل بالقيام بها الجهة المستفيدة من العملية المراد التصريح بها، بعدما أثبتت الطرق الودية عدم فاعليتها في الحصول على الأملاك والحقوق العقارية إلى نتيجة إيجابية. فيحرر محضر عدم صلح على أساسه؛ وتكون الهيئة المستفيدة ملفاً تثبت فيه المشروع المزمع إنجازه ذو المنفعة العامة، ويتكون من تقرير يصوغ اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية ويبرر النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي، مع العلم أن السلطة المختصة بإقرار التصريح بالمنفعة العامة، مجبرة على رفض التقرير في غياب هذا الشرط الجوهرى. وأيضاً تصريح توضيحي يهدف إلى بيان أن الغرض من العملية هو التهيئة العمرانية، فالغاية من هذا الشرط هو التحقق من فعالية المنفعة العامة قبل مباشرة الإجراءات⁽¹⁾. ويجب الإشارة إلى أنه لا يمكن القيام بنزع الملكية ما لم تتوافر الاعتمادات المالية الكافية لتغطية العملية وإطار التمويل.

ثانياً: إصدار القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية

بمجرد انتهاء إجراءات التحقيق في تقدير المنفعة العامة، يرسل الملف في كليته إلى الجهة الإدارية المختصة لتعلن عن ثبوت المنفعة العامة بصفة رسمية. ولقد حددت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 الجهة المختصة بإصدار هذا القرار وتكون حسب حالتين:

(1) -مقداد كرجلي، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ص 35.

إذا كانت الأملاك والحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولاية واحدة، يقوم الوالي بإصدار قرار ولائي يصرح بموجبه بالمنفعة العمومية.

أما إذا كانت الممتلكات والحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها في عدة ولايات، فإن التصريح بالمنفعة العمومية يكون بقرار مشترك أو بقرارات مشتركة، بين الوزير المعني ووزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية.

وتكون الإدارة ملزمة بتضمين قرار التصريح بالمنفعة العامة بمجموعة من البيانات، حددتها المادة 10 من قانون 11/91: " يجب أن يبين القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية الأهداف من نزع الملكية، مساحة القطع الأرضية وموقعها، قوام الأشغال المراد الشروع فيها، وتقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية، ويجب أن يبين فضلا عن ذلك المهلة القصوى المحددة لإنجاز نزع الملكية." وعليه فإن قرار التصريح بالمنفعة العمومية يجب أن يبين تحت طائلة البطلان: أهداف نزع الملكية المزمع القيام بها، وتحديد الأشغال المزمع إنجازها وكذا مشتملاتها والتي تعتبر نتيجة ضرورية. وإن لم تكن كذلك فيجب أن ينوه عنها في تقرير التحقيق المسبق، وإلا كان قرار التصريح بالمنفعة العمومية معيبا.

كما يجب أن يبين القرار الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية، فلا يتجاوز هذا الأجل أربع سنوات؛ ويمكن تجديده مرة واحدة إذا تعلق الأمر بأشغال كبيرة ذات طابع وطني.

ثالثا: إجراءات الحصر والتنازل

وهي المرحلة الحاسمة لنزع الملكية للمنفعة العامة، ولذلك يتعين حصر هذه العقارات وتحديدتها تحديدا واضحا، من خلال بيان هوية المالكين بيانا كاملا نافيا للجهالة سواء كانت ملكية فردية أو مشتركة أو على الشيع، وكذلك توضيح طبيعتها إن كانت قطعة أرض مبنية أو غير مبنية، أو بنايات أو منشآت صناعية، أو محلات تجارية. ذلك أن حصر الملكية لا يكون إلا بتحديد مساحة هذه العقارات وموقعها، لأنه يترتب على المساحة قيمة التعويض الذي

سيقرر للمالكين من جهة، وأن لا تزيد عن الأشغال المناسبة لإنجاز المشروع من جهة ثانية⁽¹⁾.

وبعد بيان أحكام نزع الدولة للملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة اتفاقا واختلافا عند ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، نسير إلى بيان نوع ثان من أنواع نزع الملكية؛ وهو تأميم الدولة لأملكها للمنفعة العامة عند التشريعات الثلاث.

المطلب الثاني: تأميم الدولة لأملكها للمنفعة العامة.

يعرف التأميم⁽²⁾ بأنه " نقل ملكية المؤسسات الاقتصادية المملوكة للخواص إلى ملكية الدولة إما ملكية تامة أو بأغلبية أسهمها، أو احتكار الدولة لبعض الأنشطة الاقتصادية دون السماح لأطراف أخرى سواء كانت محلية أو دولية بالعمل فيها. كاستئثار الدولة بقطاع الكهرباء والغاز". وقد ظهر التأميم عقب حركة الاستقلال التي شهدتها الدول المستعمرة ترسيخا لقواعد سيادتها، وأول تأميم قام به المشرع الجزائري هو تأميم قطاع المحروقات في 24 فبري 1971م، بعد أن كان خاضعا من 1962م إلى 1971م لبنود اتفاقية إيفيان والتي تنص على سيادة جزئية للجزائر على حقولها من المحروقات. وكذلك تأميم الأراضي الزراعية التي كانت بحوزة المستوطنين بعد خروجهم من الجزائر وإعادة توزيعها على الفلاحين الجزائريين في شكل تعاونيات فلاحية.

هذا ويعتبر التأميم صورة من صور نزع الملكية للمنفعة العامة، ويتفقان في أن: كل منهما سلب ملكية لتحقيق منفعة ومصلحة عامة تعود على مجموع الأمة. ويختلفان فيما يلي:

أ- غالبا ما يكون التأميم نتيجة اعتبارات سياسية كتأميم ممتلكات البلاد، ودعم السيادة الوطنية، أما نزع الملكية للمنفعة العمومية فيهدف إلى تقديم خدمة عامة كتوسيع الشوارع والمستشفيات وبناء السكنات.

(1)- عبد الحكيم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، دط، دار الفكر العربي، 1992، ص 52.

(2)- بعيدا عن النزعة الاشتراكية التي ظهرت مصاحبة للتأميم، عاجلته كوسيلة لتحقيق سيادة الدولة على ممتلكاتها.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

ب- ينصب التأميم على ملكية مشروع بكل مكوناته من عقارات ومنقولات، من أجل المصلحة العليا للأمة، بخلاف نزع الملكية الذي ينصب على نقل ملكية عقار معين ومحدد تحديداً دقيقاً⁽¹⁾.

ج- يتم التأميم بموجب القانون، وذلك ما جاء في المادة 678 من القانون المدني: "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني، على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون". وليس بموجب قرار يصدره الوالي أو قرار وزاري مشترك، أو بموجب مرسوم تنفيذي كما هو الشأن إذا تعلق الأمر بتزع الملكية للمنفعة العمومية.

د- إن التأميم عمل من أعمال السيادة؛ تقوم به الدولة اعتماداً على السلطة التقديرية المطلقة، وما يترتب عنه هو عدم خضوعه لرقابة القضاء، وهذا عكس نزع الملكية للمنفعة العمومية الذي يخضع لرقابة الجهات القضائية الإدارية، عند الإخلال بإحدى الإجراءات والشروط المحددة قانوناً، وهذا ما تؤكدته المادة 33 من قانون رقم 11/91 المتعلق بتحديد قواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية⁽²⁾.

فإذا تبين أن التأميم هو حفظ ممتلكات الأمة وتعميم نفعها على مجموع الأفراد، فلا مانع في الفقه الإسلامي (الظاهري والمالكي) من اتخاذ كوسيلة لحفظ سيادة وسلطة الأمة على ممتلكاتها، فتدخل الدولة لحماية مصلحة الأمة في وقت معين، بأن تتخذ من التدابير ما تجده محققاً للصالح العام، بناء على قواعد الاستحسان والمصالح المرسله، وقواعد دفع الضرر العام، وأنه يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام.

(1)- منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988م، ص 168.

(2)- رقيق خالد، التعويض في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري، شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، إشراف الأستاذة ميمون مني، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 12.

ومنه نسير إلى بيان مصادر الأموال من قبل الحاكم، كصورة من صور نزع الملكية حين تحقق مفسدة.

المطلب الثالث: مصادر الأموال

و يقصد بها نزع الملكية جبرا عن صاحبها بلا عوض ممن له سلطة شرعية، سواء كانت وسيلة ردعية عن التصرفات المالية المحرمة، كمن اتخذ من مسكنه وكرا للصوص وقطاع الطرق، أو وسيلة لرد مستحق كمصادرة أموال المدين لفائدة الغرماء⁽¹⁾. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

الفرع الأول: التكييف الفقهي والقانوني لمصادرة الأموال.

لم يرد مصطلح المصادرة في فقه ابن حزم - في حدود علمي - وإن كانت اجتهاداته الفقهية في مصادرة الأموال متناثرة في ثنايا المحلى، خلافا للمالكية - من ذلك ما ذكره صاحب تهذيب الفروق: " ومنها مصادرة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عماله بأخذ شطر أموالهم فقسما بينهم وبين المسلمين"⁽²⁾، أما المشرع الجزائري فقد تناول هذا المصطلح في منظومته التشريعية المادة 15 (معدلة) من قانون العقوبات: " المصادرة هي: الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء"⁽³⁾. أو هي: "التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية " وفقا للمادة 2 (معدلة) من قانون العقوبات، فهي عقوبة ناقلة للملكية جوهرها حلول الدولة محل الجاني في ملكية المال.

وتعتبر معاصي الأموال وصف مؤثر في الحكم بمصادرتها كعقوبة تعزيرية، وهو ما نلاحظه في اجتهادات ابن حزم من ذلك قوله: "لا تجزئ الصلاة في مسجد أحدث مباحة، أو ضرارا على مسجد آخر. إذا كان أهله يسمعون نداء المسجد الأول، ولا حرج عليهم في قصده،

(1) -يراجع في المبحث الثالث: الإلزام بسداد الديون والإجارة والبيع، من الفصل الثاني .

(2) -محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بهامش الفروق للقرافي، ج4 ص 207.

(3) -عدلت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، (ج ر 84 ص 13).

والواجب هدمه، وهدم كل مسجد أحدث لينفرد فيه الناس كالرهبان، أو يقصدها أهل الجهل طلبا لفضلها"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الشاطبي: "وأما مذهب مالك فإن العقوبة في المال عنده ضربان: أحدهما: كما صوره الغزالي، (ولا يلائم تصرفات الشرع، مع أن هذه العقوبة الخاصة لم تتعين، لشرعية العقوبات البدنية بالسجن والضرب وغيرهما) فلا مرية في أنه غير صحيح... (والثاني): أن تكون جناية الجاني في نفس ذلك المال أو في عوضه، فالعقوبة فيه عنده ثابتة. فإنه قال في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشه: إنه يتصدق به على المساكين، قل أو كثر"⁽²⁾. وهذا المعنى الذي أشار إليه الشاطبي غاب عن أذهان بعض الباحثين المعاصرين فنسب إلى المالكية القول بالتعزير بالمال مطلقا⁽³⁾، وربما توهموا من قول ابن فرحون: "والتعزير بالمال: قال به المالكية فيه، ولهم تفصيل ذكرت منه في كتاب الحسبة طرفا، فمن ذلك سئل مالك عن اللبن المغشوش أيهراق؟ قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به إذا كان هو الذي غشه"⁽⁴⁾. وكما هو بين فإن ما ذكره ابن فرحون من فروع لا تعني القول بالتعزير بالمال مطلقا، بل قد صرح المالكية بعدم جواز التعزير مطلقا، وهو ما ذكره الدسوقي تعقيبا على صاحب الشرح الكبير: "وقد يكون - أي التعزير - بغير ذلك" قال: "أي كإتلافه لما يملكه كإراقة اللبن على من غشه حيث كان يسيرا، ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعا"⁽⁵⁾. كما أن المشرع الجزائري اعتبر مصادرة الأموال عقوبة تكميلية، وهو المنصوص عليه في المادة 51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر

(1)- ابن حزم، المحلى، ج2 ص363.

(2)- الشاطبي، الاعتصام، ت: سالم عيد الهلالي، ط1، السعودية، 1992م، ج2 ص621-622.

(3)- أحمد محمد سعيد السعدي، حكم التعزير بالمال، ص291

slam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.17, 2011

(4)- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ج2 ص293.

(5)- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4 ص355.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة"⁽¹⁾. فالمصادرة إذن إجراء تمارسه الدولة بواسطة سلطاتها العامة الإدارية والقضائية، لضبط أشياء ممنوعة قانوناً كمصادرة الأموال أو أملاك عقارية، أو سلع فاسدة أو مجالات مخلة بالنظام العام، وهذا الإجراء يكون في شكل عقوبة تكميلية لأحد الجرائم المنصوص عليها قانوناً، فيكون الحكم بها أحياناً وجوبياً؛ فتأخذ حكم التدبير الاحترازي إذا وردت على شيء خطر تعدد حيازته غير مشروعة، وأحياناً يكون الحكم بها جوازياً فتأخذ عندئذ خصائص العقوبة وتخضع لأحكام العقوبات التكميلية في حالة ارتكاب جريمة.

وليس للظروف المخففة أي أثر على مصادرة الأموال، لأن الشيء يتم سحبه لذاته بغض النظر عن صفته الشخصية للملكه أو حائزه. كما لا تسقط المصادرة بالعفو أو التقادم، لأن العفو لا يغير من طبيعة الشيء المحرم أو الممنوع، والتقادم لا يلغي خطورة الأشياء.

الفرع الثاني: وسائل مصادرة الأموال

و من بين وسائل مصادرة الأموال الإلتلاف أو التملك.

و أما الإلتلاف: فهو إفساد الشيء في كليته فتتعدم صلاحيته لأي استعمال، ولا يكون إلتلاف الأموال إلا بسبب شرعي ممن له سلطة شرعية. من ذلك ما ذكره ابن حزم: " أن الله تعالى حرم شرب الخمر، على كل مسلم وكافر، وحرم بيعها على كل مسلم وكافر، وحرم ملكها على كل مسلم وكافر... وأن الذي حرم شرهما حرم بيعها، ثبت أنها ليست مالا لأحد، وأنه لا قيمة لها أصلاً... والواجب هرقها على كل حال لمسلم وكافر"⁽²⁾ وفي ذات السياق يقول ابن فرحون: " وأفتى ابن القطان الأندلسي في الملاحف الرديئة النسيج بأن تحرق، وأفتى

⁽¹⁾ -قانون رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق ل 20 فبراير 2006م، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

⁽²⁾ -ابن حزم، المحلى، ج 12 ص 322-323.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

عتاب بتقطيعها والصدقة بها خرقاً⁽¹⁾. وهو منهج المشرع الجزائري في إتلاف الأموال الذي تحقق ضررها وفسادها كالمواد المنتهية الصلاحية، ولذا فإن عملية تقييد المنتج بتاريخ (صدور وانتهاء) من المحاسن التي يجب الأخذ بها، لموافقته لمقصد الشارع في رفع الضرر عن الناس، وهو ما نصت عليه المادة 26 من قانون 89 — 02، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك: " إذا لم تتم المطابقة أو لم يتم تغيير الاتجاه ؛بعد أجل محدد في الوثيقة التي أعلنت السحب حسب أحكام المادتين 19 و 20 من هذا القانون، فإنه يجوز الحكم بمصادرة المنتج طبقاً لأحكام المادة 20 من قانون العقوبات، دون الإخلال بأحكام المواد 27 و 28 و 29 من هذا القانون، يجوز الأمر بإتلاف المشوج على نفقة المتدخل المخالف ومسؤوليته "

وأما التملك: فهو صيرورة المال إلى بيت مال المسلمين أو إلى الخزينة العامة للدولة، من ذلك مال المرتد، فإن الردة ترفع عنه حرمة ماله، قال ابن حزم: " إلا أن المرتد مذ يرتد فكل ما ظفر به من ماله فلبيت مال المسلمين، رجع إلى الإسلام أو مات مرتداً، أو قتل مرتداً"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول ابن رشد: " وأما مال المرتد إذا قتل أو مات، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته، وبه قال مالك"⁽³⁾. وكمصادرة الدولة للسلع التي تدخل عبر الموانئ عن طريق التملك لفقدانها لعنصر التصريح الصحيح بالمواصفات.

وبعد بيان أحكام مصادرة الأموال؛ نسير إلى بيان أحكام الاحتكار كنوع من أنواع مصادرة الأموال عند ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2 ص 293.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 337.

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 137.

المطلب الرابع: الاحتكار

الاحتكار هو: تصرف صاحب المال في حق ملكيته بالإمساك جلبا لمنفعة، بمقتضى سلطته على ماله وحريته في تصرفه، بناء على قاعدة الإباحة الأصلية. وتسلب هذه الحرية من له سلطة شرعية حين تحقق الضرر للغير، لينتقل الاحتكار من الإباحة إلى الحرمة. وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

الفرع الأول: التكييف الفقهي والقانوني للاحتكار

ذهب ابن حزم إلى أن: "الحكرة المضرة بالناس حرام - سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع - ويمنع من ذلك"⁽¹⁾. فالاحتكار المحرم عند ابن حزم يشمل احتكار البيع والشراء لصنف معين من السلع، فلا تباع إلا للمحتكر ولا تشتري إلا منه بالثمن الذي يفرضه، وكذلك يشمل احتكار سلعة معينة رجاء ارتفاع سعرها حين ندرتها⁽²⁾.

ويعتبر المال بأنواعه المعتبرة شرعا، وصفا مؤثرا في الحكم فلا يتقيد بنوع أو بقطاع معين كالجارة أو الزراعة أو الصناعة، ولا متعلق له بذات المحتكر إن كان يمارس مهنة أو حرفة معينة. كما أن مفهوم الضرر وجسامته يتحدد بالمعروف عادة بين الناس.

وقد يصير الاحتكار في وقت السعة والرخاء وسيلة للحفاظ على توازن قانون العرض والطلب، واعتبره ابن حزم من التحسينيات التي يحفز عليها، لاندراجه في باب التعاون والتضامن الاجتماعي؛ كتشجيعه للجلاب على كثرة الجلب والاستيراد فيحول دون نشوء الأزمات، واعتبره أيضا من باب الادخار في وقت الرخاء تحسبا لوقت الشدة والحاجة، وذلك بإخراج المدخر وعرضه في الأسواق. وهو المستفاد من قوله: "والمحتكر في وقت رخاء ليس آثما، بل هو محسن؛ لأن الجلاب إذا أسرعوا البيع أكثروا الجلب، وإذا بارت سلعتهم ولم يجدوا

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 572.

(2)- وائل حسن علي حسن، أحكام البيوع قراءة قانونية لأحكام البيع على المذهبين الشافعي والظاهر، دط، المكتب الجامعي الحديث، 2011م، ص 426-427.

لها مبتاعا تركوا الجلب، فأضر ذلك بالمسلمين، قال الله - تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۗ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ " (المائدة: 2)... فصح أن إمساك ما لا بد منه مباح، والشراء مباح، والمذكور بالذم هو غير المباح بلا شك، فهذا الاحتكار الذي ذكرناه، وكل احتكار فإنه إمساك، والاحتكار مذموم، وليس كل إمساك مذموما، بل هو مباح حتى يقوم دليل بالمنع من شيء منه فهو المذموم حينئذ⁽¹⁾. ويتفق المالكية مع ابن حزم في تحريم الاحتكار في جميع السلع، ومنعه بقوة السلطان، وهو المستفاد مما رواه القيرواني من كتاب ابن المواز: " قال مالك: وينهى عن الاحتكار عند قلة تلك السلعة، وعند الخوف عليها... وذلك في الطعام وغيره من السلع، فإذا كان الشيء كثيراً موجوداً، أجاز شراءه للاحتكار، أو ليخرج به من البلد. قال: وإذا خيف انحطاط سوقه، منع أن يحتكر، أو يخرج من البلد، وإن أمن من ذلك، لم يمنع مما ذكرنا. قال مالك: ومما يعيبه من مضى ويرويه ظلماً، منع التجار إذا لم يكن مضراً بالناس، ولا بأسواقيهم⁽²⁾. ولا بد من التنبيه أن من قواعد المالكية سد الذرائع، فمجرد الخوف من انحطاط السوق وتأثر قانون العرض والطلب بسبب الاحتكار يكون مانعاً منه، خلافاً لابن حزم الذي يرى أن الظن لا يرتقي إلى أن يكون مستنداً للمنع والتحريم لذلك ختم قوله: " وكل احتكار فإنه إمساك، والاحتكار مذموم، وليس كل إمساك مذموما، بل هو مباح حتى يقوم دليل بالمنع من شيء منه فهو المذموم حينئذ⁽³⁾.

و يعتبر ابن خلدون احتكار صنف معين من المعاملات التجارية؛ من أشد أنواع الظلم والفساد وهو المنصوص في قوله: " وأعظم من ذلك في الظلم وإفساد العمران والدولة، التسلط على أموال أناس بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان ثم فرض البضائع عليهم بأرفع الأثمان، على وجه الغصب والإكراه في الشراء والبيع⁽⁴⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 572 - 573.

(2)- القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من الأمهات، ج 6 ص 452.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 572 - 573.

(4)- ابن خلدون، المقدمة، ص 289.

ووجوه الظلم في الاحتكار المزدوج تتلخص فيما يلي:

- منع غيرهم من الاتجار في السلع، وهذا هو احتكار الشراء.
- ظلمهم للبايعين المالكين الذين ينتجون تلك السلع، لأن أحدا من دون هذه الطائفة المحتركة لا يستطيع الشراء لقوة نفوذها وتسلطها على السوق.
- ظلم هذه الطائفة المحتركة لفئة المستهلكين ؛ لتحكمهم في الأسعار باعتبارهم الجهة الوحيدة الممولة لهم بالمواد الغذائية مثلا⁽¹⁾.

وللحاكم جبر المحتكر على البيع دفعا للضرر العام الذي أحدثه، وهو الاستفادة من قول الباجي: " وإن احتكر شيئا من ذلك من لا يجوز له احتكاره... أنه يتوب، ويخرجه إلى السوق، ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيئا، ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس، وأهل الحاجة فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولا حين ابتياعه إياه فقد رجع عن فعله الممنوع منه. فإن أبي من ذلك... يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن فإن لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره، ووجه ذلك أنه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعل أجبر عليه، وصرف الحق إلى مستحقه"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد عبر عن مصطلح الاحتكار بالهيمنة وهو المنصوص في قوله: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها"⁽³⁾ أما الهيمنة فقد تناولها بالشرح في المادة 3 من قانون المنافسة الفقرة ج بقوله: " وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء

⁽¹⁾-فتحى الدريني، نظرية الاحتكار في الفقه الاسلامي، ضمن بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2008م، ص 430.

⁽²⁾-الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مصر: مطبعة السعادة، 1332هـ، ج5ص17.

⁽³⁾-أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ، الموافق ل19 يوليو 2003 م يتعلق بالمنافسة. ج ر، ع 34، ص 27.

منافسيها أو زبائنها أو مموليها"⁽¹⁾.

وينقسم الاحتكار في إطاره العام إلى احتكار ممنوع واحتكار مشروع.

فأما الاحتكار المشروع فهو: الذي يهدف إلى تقديم خدمات للمجتمع، ومن أشكاله:

أ- الاحتكارات العامة: هي الاحتكارات التي تقوم بها الدولة أو أشخاص القانون العام كالمدن والبلديات التي لها صفة معنوية.

ب- الاحتكارات الخاصة: هي الاحتكارات التي يقوم بها أفراد أو شركات خاصة، من ذلك عقود الامتياز التي تمنحها الدولة لبعض المؤسسات بعد التأكد من الجهات الحكومية كفاءتها لمزاولة هذه الأعمال كمنح شركات الإسمنت حق تصنيعه، وأيضا استغلال براءات الاختراع من خلال منح صاحب الاختراع مبلغ مالي أو نسبة مالية من قيمة ما يدره اختراعه مقابل الانفاق على إنتاجه وترويجه.

وأما الاحتكار الممنوع: فهو الذي يترتب عليه الضرر والتضييق على أفراد المجتمع، بحبس السلع والمنتجات بهدف رفع أسعارها، ومن أهم صورته:

أ- احتكار البيع: هو انفراد شخص طبيعي أو معنوي بإنتاج وبيع سلعة معينة ليس لها بديل قريب.

ب- احتكار الشراء: احتكار شراء فرد أو مؤسسة؛ لمنتج معين من مراكز الإنتاج قصد بيعه وتوزيعه عليها.

⁽¹⁾ -أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ، الموافق لـ 19 يوليو 2003 م، يتعلق بالمنافسة. (ج ر ع

ج- احتكار القلة: بحيث يتكون السوق من عدد قليل من المنتجين يقابلهم عدد كبير من المستهلكين⁽¹⁾.

ولقد أشار المشرع الجزائري في منظومته القانونية إلى حظر الاحتكار وتجريمه، من ذلك المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"⁽²⁾.

وكذلك المادة 10 من قانون المنافسة: "يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها، كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق." وفي مواجهة الجرائم التي تمس وتضر بالمستهلك، فرض المشرع الجزائري عقوبات مالية على المحتكر لردعه عن الطمع والربح غير المشروع، وهو المنصوص عليه في المادة 56 من قانون المنافسة: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة... بغرامة لا تفوق 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية محتتمة. وإذا كان مرتكب المخالفة؛ شخصا طبيعيا أو معنويا أو منظمة مهنية لا تملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)."

(1) -فهد بن نوار العتيبي، تجريم الاحتكار في نظام المنافسة السعودي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، تحت إشراف: محمد عبد الله ولد محمد، السعودية: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، 2007م، ص 40 و43. شفار نبيلة، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، رسالة ماجستير، تحت إشراف: مروان محمد، وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 20 و21.

(2) -المضافة بموجب القانون 05-10- المؤرخ في 20 جويلية 2005م، (ج ر ع 44).

الفرع الثاني: إجراءات مكافحة الاحتكار

تعتبر إجراءات مكافحة الاحتكار، وسائل زجرية وردعية لدفع المضرة عن مصلحة الأفراد: أو الدولة، وتختلف هذه الوسائل بين المتقيد بحرفية إلزام النص بمقتضى قوله ﷺ: "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه" وبين الموسع في تفعيل النص بمقتضى مقاصده، فمن ذلك نهي ﷺ عن تلقي الركبان⁽¹⁾، فذهب ابن حزم إلى أن النهي على عمومته وظاهره وهو المنصوص عليه، في قوله: "ولا يحل لأحد تلقي الجلب، سواء خرج لذلك أو كان ساكنا على طريق الجلاب، وسواء بعد موضع تلقيه أم قرب، ولو أنه على السوق على ذراع فصاعدا، لا لأضحية، ولا لقوت، ولا لغير ذلك، أضر ذلك بالناس أو لم يضر"⁽²⁾. في حين نجد أن المالكية قد اعتبروا قاعدة اعتبار المآل لما يفضي إليه تلقي الركبان من احتكار السوق لصالح فئة معينة وهو الاستفادة من قو، ابن رشد: "وأما نهي عن تلقي الركبان للبيع، فاختلّفوا في مفهوم النهي ما هو؟ فرأى مالك أ، المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة، دون أهل الأسواق، ورأى أنه يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق، هذا إذا كان التلقي قريبا، فإن كان بعيدا فبأس به، وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال، ورأى أنه إن وقع جاز، ولكن يشترط المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري؛ فقد عمل على تفعيل دور المراقبة المستمرة للاحتكارات والعمل على الحد منها، وذلك باتخاذ مجموعة من التدابير الاحترازية والتي تتمثل في:

-مطالبة المشروعات بتقديم بيانات عن نشاطها وعن تكلفة الانتاج، وتكون بالتفتيش المفاجيء والدوري للمؤسسات والشركات.

-مراقبة عملية الاندماج بين الشركات والمؤسسات التجارية والاقتصادية.

(1)-صحيح البخاري، باب النهي عن تلقي الركبان وأن يبيعه مردود، ج3ص 72.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج7ص 374.

(3)-ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3ص 183.

-ضبط عمليات البيع والشراء.

-اتخاذ الاحتياطي اللازم، وذلك بأن تتبنى الدولة ما يعرف بالتخزين الاحتياطي، حتى إذا ما قل العرض وكثر الطلب، وظهرت بوادر أزمات وبدأت الأسعار بالارتفاع، الأمر الذي يؤدي إلى عنت المواطنين وإرهاقهم، أخرجت الاحتياطي ووضعت في متناول الأفراد بالسعر المناسب⁽¹⁾.

ورغم حرص المشرع الجزائري في قانون المنافسة على حصر اختصاص البت في المخالفات المنافية للمنافسة في مجلس المنافسة، فإن بعض الممارسات المقيدة للمنافسة كالأعمال والاتفاقيات غير المشروعة تقع تحت طائلة قانون العقوبات بعنوان المضاربة غير المشروعة، وهذا ما نصت عليه المادة 172 من قانون العقوبات: "يعد مرتكبا لجريمة المضاربة غير المشروعة... كل من أحدث بطريق مباشر أو عن طريق وسيط، رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع والبضائع... أو شرع في ذلك." وفي مواجهة الجرائم التي تمس وتضر بالمستهلك فرض المشرع الجزائري عقوبات مالية على المحتكر لردعه عن الطمع والربح غير المشروع، من ذلك ما نص عليه في المادة 56 من قانون المنافسة: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة... بغرامة لا تفوق 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية محتتمة. وإذا كان مرتكب المخالفة شخصا طبيعيا أو معنويا أو منظمة مهنية لا تملك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج) و بعد بيان نزع الملكية للمصلحة العامة في صورها السابقة، نسير إلى بيان نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها لمصلحة الفرد.

(1)-بلقيس عبد الرحمن فتوتة، الاحتكار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ط1، الرياض، 2010م، ص415. محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا فقهية معاصرة: الاحتكار دراسة فقهية مقارنة، ماجد أبو رحية، ط1، الأردن: دار النفائس، 1998م، ص 492.

المطلب الخامس: الشفعة

الشفعة صورة من صور نزع الملك الخاص جبرا عن صاحبه، رعاية لمصلحة أخرى أولى من مصلحة الشريك. ولا يكون لنزع الملكية لصالح الفرد المصدقية والشرعية، إلا باقترانه بضوابط وقواعد تمنع من الاستيلاء على أموال الناس بغير وجه حق، وهو متفق عليها في كليتها بين ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري.

الفرع الأول: التكييف الفقهي والقانوني للشفعة.

الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعوض⁽¹⁾، فالشفعة تصادم مبدأ حرية التعاقد في التصرف فهي استثناء من أصل الرضا في التبائع، ولها حكم الإلزام والجبر. وهو المستفاد من قول ابن حزم: "ومن أجبر على بيع حقه فلم يرض فلا يجوز عليه؛ لأنه خلاف أمر الله - تعالى -، فهو أكل مال بالباطل إلا حيث أمر الله - تعالى - بالبيع وإن لم يرض كالشفعة، وعلى الغائب وعلى الصغير وعلى الظالم"⁽²⁾ وهي حق لا يسقط إلا بالتنازل عنه: " فلا يجل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه، فإن أراد من يشركه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به، وإن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه"⁽³⁾. والحقوق عند ابن حزم لا تورث فتسقط الشفعة بمجرد موت الشفيع، بضابط هو عدم بيان رغبته في الشفعة قبل موته، فإن عزم عليها لفظا ومعنى انتقل الحق إلى الورثة وهو المستفاد من قوله: " وإن مات الشفيع قبل أن يقول: أنا آخذ شفعتي فقد بطل حقه ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلا؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره، والخيار لا يورث"⁽⁴⁾.

(1)-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6 ص 4886.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج7 ص 520.

(3)-المصدر نفسه، ج8 ص 3.

(4)-المصدر نفسه، ج8 ص 24.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

أما الشفعة عند المالكية؛ فهي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه⁽¹⁾، والمراد بالاستحقاق هنا صيرورة الشريك مستحقاً للأخذ وأهلاً له، أو أنه صفة حكومية توجب له صحة الأخذ جبراً⁽²⁾. فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه، وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص⁽³⁾.

وعلة الشفعة هي الشراكة أما وقوع الضرر فهي صفة غير مضطردة وغير منضبطة بين المخاطبين بأحكامها، فلا يقبل من المشتري إثبات عدم تضرر الشفيع ليبتل الإلزام بالشفعة. وهي من الحقوق التي تورث وهو المستفاد من قول ابن رشد: "وتورث الشفعة فيتل الوارث منزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ أو الترك"⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فلقد نظم أحكام الشفعة في 14 مادة ابتداء من 794 إلى 807 من القانون المدني، ضمن الكتاب الثالث تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية، بالإضافة إلى بعض التشريعات الخاصة، منها على وجه الخصوص قانون التوجيه العقاري. وقد اقتبس المشرع أحكام الشفعة في كليتها من الشريعة الإسلامية والتي تعتبر المصدر التاريخي لها.

ويختلف المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في تكييفه للشفعة، فهي ترد عنده في حكم الرخصة وهو المنصوص عليه في المادة 794 من القانون المدني: "الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها". فالرخصة هي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، ولا تكون إلا بإذن المشرع، أما الحق فينشأ ويقوم بناء على سبب معين بذاته، فهو مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، كما أن الحق ممتاز بالنسبة للآخرين فمن خلاله يستأثر الشخص بمضمون الحق دون غيره، أما الرخصة فلا

(1)- محمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 7 ص 225.

(2)- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3 ص 473.

(3)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 41.

(4)- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج 3 ص 68.

تفاوت فيها بين مراكز الأشخاص، فهي تفترض وجود أشخاص في مركز واحد من حيث التمتع والاستعمال⁽¹⁾.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على توريث الشفعة، والإحالة في هذه الحالة ترجع وفق المادة الأولى من القانون المدني إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وكما أسلفنا الذكر أن هناك خلاف في توريث الشفعة بين المذاهب الإسلامية مما يتعين على القاضي الاجتهاد في الترجيح بينها.

ولقد حكى السنهوري خلافا بين الفقهاء القانونيين في حالة موت الشفيع قبل بيان رغبته في الشفعة بين مانع ومجيز. واستند في ترجيحه بالمنع إلى مبادئ القانون المدني وهو المنصوص في قوله: " فمن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني، يجب القول إن الشفيع في الفرض الذي نحن بصدده، بعد بيع العقار المشفوع فيه، وقبل حلوله محل المشتري، لم يثبت له حق في العقار المشفوع فيه، وليست الشفعة في هذه المرحلة إلا رخصة، أو هي متزلة وسطى ما بين الرخصة والحق، وسواء كانت رخصة أو متزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه، والذي ينتقل إلى الورثة من مورثهم هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث، ولا ينتقل إليهم رخصة أو متزلة وسطى ما بين الرخصة والحق، فهذه وتلك ليستا حقوقا كاملة حتى تنتقل إلى الورثة"⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط الأخذ بالشفعة

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري في كليتهم، على وجوب تحقق شروط في الشفيع وفي المال المشفوع فيه حتى تكون الشفعة ملزمة، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في المسائل التالية:

(1)- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دط، دار الفكر، دت .

(2)- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9 ص 469.

أولاً: وجود الشفيع

الشفيع هو الشخص الذي يجل محل المشتري في المعاملات المالية، على اختلاف في الأوصاف المؤثرة في الحكم بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

1- من هو الشفيع

ذهب ابن حزم إلى أن صفة الشراكة وصف مؤثر في حكم الشفعة، فلا تتعدد للجار وهو المستفاد من قوله: " ثم لو صحت هذه الأحاديث ببيان واضح أن الشفعة للجار لكان حكمه - عليه الصلاة والسلام - وقوله، وقضاؤه "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"⁽¹⁾ يقضي على ذلك كله ويرفع الإشكال، فكيف ولا بيان في شيء منها كما ذكرنا، وأكثرها لا يصح، ولا ينبغي أن يشتغل بها لسقوط طرقها"⁽²⁾. كما أن لفظ الشفعة يقع وقوعاً مستويماً على كل من لزمته صفته، ولا اعتبار لتحديد مكان أو مقام أو جنس أو غيرها من الصفات، وهو المنصوص عليه في قول ابن حزم: " والشفعة واجبة للبدوي، وللساكن في غير المصر، وللغائب، وللصغير إذا كبر، وللمجنون إذا أفاق، وللذمي بعموم قوله - عليه السلام -: "فشريكه أحق به"⁽³⁾... فإن ترك ولي الصغير، أو المجنون الأخذ بالشفعة فإن كان ذلك نظراً لهما لزمهما؛ لأنه فعل ما أمر به من النصيحة لهما، وإن كان الترك ليس نظراً لهما لم يلزمهما، ولهما الأخذ أبداً؛ لأنه فعل ما نهى عنه من غشهما"⁽⁴⁾. وفي ذات السياق ذهب القرافي إلى أن الشفعة تثبت للشريك لا غير قال: " الشفعة في المشترك وسقوطها في الجوار لأن الحد بين الجارين حاصل"⁽⁵⁾. كما تثبت الشفعة للشريك، وإن كان كافراً إذا كان البائع مسلماً، كان المشتري مسلماً أو

(1) - صحيح البخاري، باب بيع الشريك من شريكه، ج3 ص79.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج8 ص36.

(3) - صحيح مسلم، باب الشفعة، ج3 ص1229.

(4) - المصدر نفسه، ج8 ص22.

(5) - القرافي، الذخيرة، ج7 ص261.

كافراً، وإن كان الشفيع والمشتري ذميين فلا شفعة، إذا لا محاكمة بينهما⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد جمع بين صفة الشراكة والجوار خاصة بالنسبة للأراضي الفلاحية، وهذا ما سنبينه من خلال النصوص القانونية التي نظمت حق الشفعة. لقد نصت المادة 795 من القانون المدني على الأشخاص الذين تثبت لهم حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، كما أضاف قانون 90-25 أشخاص آخرين تثبت لهم الشفعة وذلك بمقتضى المادتين 71 و 57 من قانون الترقية العقارية.

أ - الأشخاص المنصوص عليهم في القانون المدني:

- لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة: أجاز القانون وفق المادة 795 من القانون المدني لملك الرقبة باعتباره المالك الحقيقي للعقار، أن يشفع في حق الانتفاع، فيجتمع لديه بالتالي عناصر الملكية بعد انقضاء حق الانتفاع بالذمة، فالشفعة في هذه الحالة ليست سببا لكسب الملكية بل هي سببا لكسب حق الانتفاع.

- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي: إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، فيحق لكل الشركاء أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، والغرض من تقرير الشفعة هي إزالة تعدد ملاك العقار بما يترتب عليه تعطيل الانتفاع به، وكذا منع الأجنبي من الدخول دون رغبة من الشركاء⁽²⁾.

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها: يكون في حالة تجزئة حق الملكية باستغلال أحد الأشخاص حق الرقبة واستغلال الآخر حق الانتفاع، وفي نفس الوقت

⁽¹⁾ - ابن بزيمة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج 2 ص 1194.

⁽²⁾ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، ط 8، الأردن، : دار الثقافة، 2001م، ص 142. و أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه)، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004م، ص 209.

أبرم المالك لحق الرقبة مع الغير عقد بيع محل هذا الحق، فيجوز لصاحب حق الانتفاع أخذ الملكية بالشفعة.

ب- الأشخاص المنصوص عليهم في القانون 90-25.

-الدولة والجماعات المحلية: للدولة حق استعمال الشفعة المكلفة بالتنظيم العقاري، من أجل اكتساب أملاك عقارية لصالح الخزينة العمومية، وكذا ممارستها للشفعة على العقارات ذات الطابع السياحي، وأيضا على تصرفات الأجانب في العقارات المملوكة لهم داخل التراب الوطني⁽¹⁾.

من ذلك استعمال الدولة الجزائرية لحق الشفعة تجاه شركة نجمة للهاتف المحمول، المملوكة للمجموعة الكويتية (الوطنية للاتصالات)؛ حينما أرادت بيع جميع أسهمها للمشغل القطري للاتصالات. وكذلك بالنسبة لشركة جازي عندما أرادت شركة أرسكوم تيليكوم المصرية بيع علامتها في الجزائر، لشركة فيمبل كوم الروسية فقد تمسكت الدولة بحقها في ممارسة الشفعة.

-المجاورون للأراضي الفلاحية: الجوار واقعة مادية تستلزم القرب والتلاصق بين العقار المبيع والمشفوع، وقد نصت عليه المادة 57 من قانون 90-25: " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 75-58 المؤرخ في 25 ديسمبر 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار المادة 55 أعلاه، وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة. " وبهذا يتبين أن المشرع خص الأراضي الفلاحية لتكون محل الشفعة في الجوار، والهدف من ذلك هو توسيع المستثمرات الفلاحية ذلك في إطار المادة 55 من قانون 90-25⁽²⁾.

⁽¹⁾-ربيع فتيحة وقدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر تخصص القانون العقاري،

إشراف قرعيش السعيد، بجاية: جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013م، ص 16

⁽²⁾-ربيع فتيحة وقدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون الجزائري، ص 17.

2- تعدد الشفعاء وتزاحمهم

ذهب ابن حزم إلى أن تعدد الشركاء، وصف غير مؤثر في حكم الشفعة، وهو المنصوص في قوله: " وإن كان شركاء في شيء بعضهم بميراث، وبعضهم ببيع، وبعضهم بهبة، وفيهم إخوة ورثوا أباهم ما كان أبوهم ورثه مع أعمامهم، فباع أحدهم فالجميع شفعاء على عددهم"⁽¹⁾. كما أن لفظ الشريك مطلق من أي قيد يوجب اعتباره فلا معنى للتفاضل في حصصهم فيما بينهم، وفي ذلك يقول ابن حزم: " ومن باع شقصا وله شركاء لأحدهم مائة سهم، ولاحر عشرون، ولاحر عشر العشر أو أقل أو أكثر: فكلهم سواء في الأخذ بالشفعة، ويقتسمون ما أخذوا بالسواء، ولا معنى لتفاضل حصصهم... فقول رسول الله ﷺ: "فشريكه" تسوية بين جميع الشركاء ولو كان هنالك مفاضلة بينها رسول الله ﷺ ولم يحمل الأمر: فبطلت المفاضلة"⁽²⁾. ونلاحظ تمسك ابن حزم بأصول مذهبه في عدم اعتبار قيد العقل على إطلاق الشرع. خلافا للمالكية الذين اعتبروا التفاضل بين الشركاء وصف مؤثر في الحكم، ذلك أن القضاء في الشفعة إذا وجبت للشركاء، قسمتها بينهم على قدر أنصبتهم لا على عددهم. لأنها إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم فيجب تفاضلهم فيها بحسب تفاضلهم في أصل الشركة⁽³⁾. كما أن تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة له حكم الأفضلية بحسب درجاته وهو المروي عن الإمام مالك: " وأما المسألة الثانية: فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشرار الذين هم عصابة في الشفعة مع الأشرار الذين شركتهم من قبل السهم الواحد: فقال مالك: أهل السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشرار معهم في المال من قبل التعصيب، وأنه لا يدخل ذو العصابة في الشفعة على أهل السهام المقدرة، ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب، مثل أن يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان، وابنا عم، ثم تباع البنت الواحدة حظها، فإن البنت

(1)- ابن حزم، المحلى، ج8 ص27.

(2)- المصدر نفسه، ج8 ص28.

(3)- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج6 ص211. محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج7 ص220.

الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم" (1).

ويتفق المشرع الجزائري مع المذهب المالكي في اعتبار وصف المفاضلة، وهو ما نجده في المادة 796 من القانون المدني: " إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

- إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795، فإنه

يفضل على الشفعاء من طبقة أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى."

أ- تراحم الشفعاء وهم طبقة واحدة: نصت المادة 796 الفقرة 2، أنه لا يفضل في هذه

المسألة الشفيح على الآخر، بل يأخذ كل شفيح بالشفعة الجزء الذي يتناسب مع مقدار حصته في العقار المشفوع به.

ب- تراحم بين الشفعاء ويكون المشتري أحدهم: عالج المشرع هذه المسألة في المادة

796 الفقرة الثالثة، وذلك في ثلاث فرضيات: وهي تراحم المشتري والشفيح مع الشفعاء من

نفس طبقته، وتراحم المشتري الشفيح مع الشفعاء من طبقة أدنى منه، وتراحم المشتري الشفيح مع شفعاء أعلى من طبقته.

1 - تراحم المشتري الشفيح مع شفعاء من نفس طبقته: بالرغم أنه في مركز واحد مع

باقي الشفعاء، إلا أن المشرع قدر أنه قد توفر لديه صفتان، صفته كمشتري وصفته كشفيح،

مثال ذلك إذا اشترى أحد الشركاء على الشيوع في ملكية الرقبة حق الانتفاع المناسب لنصيبه،

وطلب الشركاء الآخرون في الرقبة الشفعة في هذا الحق، فضل عنهم الشريك المشتري (2).

2- تراحم المشتري الشفيح مع شفعاء من طبقة أدنى: يفضل المشتري الشفيح على هؤلاء

الشفعاء وفقا للترتيب المنصوص عليه في المادتين 795 و 796 من القانون المدني، كأن يقوم

(1) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4 ص44.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري والبناني، ص 442.

الشريك في حق الانتفاع ببيع حصته الشائعة في العقار إلى مالك الرقبة، وطلب الشفعة شريك آخر في حق الانتفاع، فيكون الأفضلية هنا للمشتري مالك الرقبة لأنه أعلى طبقة من صاحب حق الانتفاع.

3- تراحم المشتري الشفيع مع الشفعاء أعلى منه طبقة: أعطى المشرع حق الأفضلية للشفعاء الأعلى طبقة من الشفيع المشتري، وفقا لترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني، وكما لا يمكن للمشتري في هذه الحالة أن يعترض في هذا التراحم بحجة الأسبقية في الشراء، ولأن سبب الشفعة أقوى من سببها في الشراء، فليس للبائع أيضا أن يفضل المشتري الشفيع على خلاف ما يقضي به القانون من إثارة الشفيع على المشتري⁽¹⁾.

ج- تراحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة: حددت المادة 795 من القانون المدني ثلاث طبقات مختلفة: مالك الرقبة، الشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع. وأضافت المادة 71 من قانون الترقية العقارية الشفعة التي تمارسها الدولة، وأضافت المادة 57 من نفس القانون شفعة الجوار، فيكون الترتيب كالاتي: الدولة والجماعات المحلية في الطبقة الأولى، ثم مالك الرقبة في الطبقة الثانية، ثم الشريك في الشيوخ في الطبقة الثالثة، ثم صاحب حق الانتفاع في الطبقة الرابعة، وأخيرا الجار في الأراضي الفلاحية.

ثانيا: المال المشفوع فيه.

ذهب ابن حزم إلى أنه لا شفعة إلا في البيع وحده، مما يقسم وما لا يقسم ولا اعتبار لغيرها من الأوصاف، ولا شفعة في صداق ولا في إجارة، ولا في هبة، ولا غير ذلك⁽²⁾، وهو المنصوص عليه في قوله: "الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا، من أي شيء كان مما يقسم، ومما لا يقسم: من أرض أو شجرة واحدة فأكثر، أو عبد أو

(1)- السنهوري، الوسيط في القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9 ص 617- 618.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج8 ص 13.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

ثوب أو أمة، أو من سيف أو من طعام، أو من حيوان أو من أي شيء بيع⁽¹⁾. وتمسك ابن حزم هنا واضح بعموم اللفظ وظاهره، فمسمى البيع لا يرد على الإجارة والهبة، ويختلف الملكية مع ابن حزم في اقتصارهم الشفعة على العقار فقط، وتعديتها إلى غير حكم البيع وهو الاستفادة من قول ابن رشد: "تحصيل مذهب مالك إنما في ثلاثة أنواع: أحدها: مقصود، وهو العقار من الدور، والخوانيت، والبساتين.

والثاني: ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل، ولا يحول، ذلك كالبئر، ومحال النخل، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه، وهو أن يكون الأصل هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم.

والثالث: ما تعلق بهذه كالثمار، وفيها عنه خلاف، وكذلك كراء الأرض للزرع، وكتابة المكاتب.

واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا، وأما ما عدا هذا من العروض، والحيوان فلا شفعة فيها عنده، وكذلك لا شفعة عنده في الطريق، ولا في عرصه الدار⁽²⁾. وذلك لأن الشفعة شفعت لدفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق، بسبب الاستمرار والدوام، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار، فيتأبد فيه ضرر المشاركة؛ ولأن الشفعة تملك بالقهر⁽³⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع الملكية من جهة في حصر الشفعة في العقار فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 794 من القانون المدني: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها". ويتحدد العقار وفقا لمعناه في القانون المدني المادة 683 أمر رقم 58-75 على أن: "كل شيء مستقر بجزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" فتجوز الشفعة في بيعه إذا توافر

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 8 ص 3.

(2)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ص 41.

(3)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6 ص 4890.

سببها. كما يتفق مع ابن حزم في حصره الشفعة في عقد البيع فقط دون العقود الأخرى. (المادة

794 السالفة الذكر)، إلا أن هناك بيوع عقارية استثنائها المشرع من الشفعة وهي محصورة في نص المادة 798 من القانون المدني التي تنص على أنه: " لا شفعة:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.

- وإذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة."

والغرض من هذه الاستثناءات؛ هي إمكانية الشفيع وغيره من الدخول في المزاد العلني، أما بين الأصول والفروع والأصهار، فتمنع الشفعة لمنع الاعتبارات الشخصية التي تكون لها تأثير على مثل هذه التصرفات، أما الاعتبارات الدينية فلمنع بيع هذا العقار بثمن أقل من قيمته الحقيقية، إلا أنه كان من الأولى أن يتعدى الحكم من دور العبادة، إلى جميع الأعمال الخيرية والانسانية التي تهدف إلى تحقيق أعمال نفعية للمجتمع، لذا حبذا لو يضيف المشرع للفقرة الأخيرة من المادة 798: "إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة، أو محل لتقديم الخير والنفع العام أو ليلحق بهما"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مسقطات الشفعة

يعتبر التنازل عن الأخذ بالشفعة تصرف شرعي عن طريق الإرادة المنفردة، يؤدي حدوثه إلى سقوط هذا الحق، كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة، أو أسقطت حقي في العقار المشفوع فيه وغيرها من العبارات الصريحة في دلالتها على الترك، على أن يكون هذا الترك بعد البيع وقبل الأخذ، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعي للشفعة فلا تثبت، وبعد الأخذ تثبت ملكية العقار المشفوع فيه فلا يسقط الحق إلا بالتنازل. وذهب ابن حزم إلى أن التصريح بالتنازل هو

(1)- ربيع فتيحة وقدوح شريفة، النظام القانوني للشفعة في القانون المدني الجزائري، ص 12-13.

المسلك الوحيد لثبوت سقوط الشفعة، أما تحديد أجل الشفعة فلا اعتبار له ولا حد له، وهو المستفاد من قوله: " فالشريك على شفخته علم بالبيع أو لم يعلم... حتى يأخذ متى شاء، ولو بعد ثمانين سنة أو أكثر، أو يلفظ بالترك فيسقط حينئذ"⁽¹⁾. ويتفق المالكية مع ابن حزم في أن الترك من المسقطات سواء كان صريحا أو ضمنيا كرؤية الشفيع المشتري يهدم ويبني ويغرس ولا يعترض⁽²⁾، ويختلفون معه في اعتبار المدة الزمنية لسقوط الشفعة، وهو المستفاد من قول الدسوقي: " والحاصل أن المدونة صرحت بأن الشفعة إنما تسقط بمضي السنة وما قاربها، فاختلف فيما قاربها على أقوال فقيل شهر وقيل شهران وقيل ثلاثة"⁽³⁾. وفي نفس السياق ذهب المشرع الجزائري إلى أن الترك صراحة أو ضمنا كقيام الشفيع بدور الوساطة بين المشتري والبايع، وكذلك انتهاء الأجل مسقط للشفعة وهو المنصوص عليه في المادة 807 من القانون المدني: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع.

- إذا مرت سنة من يوم تسجيل البيع.

- في الأحوال التي نص عليها القانون."

فمن خلال الفقرة الأولى من هذه المادة يتضح لنا أنها جاءت على خلاف القواعد العامة التي لا تجيز التزول عن الحقوق إلا بعد ثبوت الحق فيها، فنجد المشرع هنا قد وسع من نطاق التنازل عن حق الشفعة ليشمل مرحلة ما قبل ثبوت الحق ابتداء بالبيع المبرم ما بين البائع والمشتري، إذ يمكن للشفيع التنازل عنها قبل بتاريخ البيع، كما يمكن له أن يتنازل عنها بعد تاريخ البيع⁽⁴⁾.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج8 ص14.

(2)- ابن شاس المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج3 ص887.

(3)- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3 ص485.

(4)- أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، الجزائر: دار هومه، 2011م، ص390-391.

و قد لا يتنازل الشفيع في الأخذ بالشفعة، لكن بالرغم من ذلك فإنه لا يمكنه أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، وذلك لأنه لم يعلن عن رغبته بها في ميعادها القانوني، أو رفع دعواه لكن ترفض من طرف القاضي لفوات ميعاد رفع تلك الدعوى، كما قد تمر سنة كاملة من يوم تسجيل عقد البيع.

وإضافة إلى الأسباب السالفة الذكر قد توجد أسباب أخرى تؤدي بالشفعة إلى سقوطها سواء تعلقت بزوال أحد شروط الشفعة، أو كانت بسبب بطلان البيع أو بالتقادم المسقط، وقد تسقط بسبب موت الشفيع قبل الإعلان عن رغبته في الشفعة.

الفرع الرابع: الإجراءات القانونية الخاصة بالشفعة

الإجراءات هي: القواعد الشكلية التي يجب على الشفيع اتباعها، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 799 إلى 803 من القانون المدني كالآتي: الإنذار بوقوع البيع، إعلان الرغبة في الشفعة، إيداع الثمن ورفع الدعوى. ويقر الفقه الإسلامي هذه الإجراءات ما لم تهدم كلي العدل ورفع الظلم.

أولاً: الإنذار بوقوع البيع

نص المشرع الجزائري في المادة 799 من القانون المدني: " من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل 30 يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك." كما تنص المادة 800 على أنه: " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 ق.م.ج على البيانات التالية وإلا كان باطلاً: بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كاملاً. بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً، الإعلان المنصوص عليه في المادة 793". ويلاحظ أن المادتان قد حددتا مجموعة من البيانات والتي تتمثل في:

أ- بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا: وذلك بذكر كل بيانات العقار ومواصفات العقار المشفوع فيه لنفي الجهالة أو الالتباس، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كانت البيانات واضحة أم تحتاج إلى زيادة بيان.

ب- بيان الثمن الذي يبيع به العقار والمصاريف الرسمية: ويقصد بالمصاريف هنا رسوم التوثيق والتسجيل فقط، أما غيرها فلا يشترط ذكرها.

ج- بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه: ويقصد بها الشروط الأساسية التي أوجب القانون بيانها في الإنذار، وهي شروط أساسية لا بد من علم الشفيع بها، لتقدير مدى تحقق مصلحته في الأخذ بالشفعة.

د - بيان اسم ولقب كل من البائع والمشتري وكذلك موطن إقامته ومهنته: بيانا كاملا لمنع الاختلاط والالتباس في أصحاب الحقوق.

هـ - تحديد الأجل بثلاثين يوما: ويعتبر تجاوز هذه المدة المحددة، إسقاطا لحق المطالبة بالشفعة. وقد اعتبرها المشرع الجزائري وصفا مؤثرا بالحكم، منعا للتلاعب أو للتماطل بهذا الحق.

ثانيا: إعلان الرغبة في الشفعة

ألزم المشرع الجزائري الشفيع بالإعلان الصريح عن نيته بالرغبة في الشفعة، لكل من البائع والمشتري سواء كان فردا أو تعددت أشخاصهم، وحينها يتحتم عليه التبليغ لكل منهم على حدى في موطن إقامته المعتادة، وهذا ما نصت عليه المادة 36 من القانون المدني: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي."

كما اشترط المشرع الجزائري أن يكون التصريح بالرغبة بعقد رسمي يحرر لدى الموثق، وذلك وفقا لأحكام المادة 1/801 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي."

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

ولا يتم تفعيل أجل ميعاد الإعلان عن الرغبة إلا بتسليم الإنذار وإلا فلا اعتبار له، فلا يغني عن الإنذار الرسمي ثبوت علم الشفيع بوقوع البيع بأي طريق آخر. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/6/26م: " إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 إلى من يريد الإنذار بالشفعة فإن الميعاد المذكور لا يبدأ"⁽¹⁾.

وفي حالة عدم إنذار البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا غير أن البائع سجل عقد البيع، ففي هذه الحالة يجب أن يعلن الشفيع رغبته خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وإلا سقط حقه حسب المادة 2/807 من القانون المدني.

أما في حالة، عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وعدم تسجيله في الوقت نفسه، فإن حق الشفيع يظل قائما لمدة 15 سنة من تاريخ وقوع بيع المشفوع فيه، ما لم يثبت تنازله الصريح أو الضمني⁽²⁾.

ثالثا: إيداع الثمن ورفع الدعوى

يعتبر إيداع الثمن والمصاريف القضائية لدى الموثق، شرط أساسي لاستكمال إجراءات الأخذ بالشفعة وفقا للمادة 2/801 من القانون المدني. والتي تنص على أنه: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر..." وليس للشفيع الحق في تقسيط الثمن أو دفع جزء منه وإلا سقط حقه في رفع دعوى الشفعة. ففي إيداع الثمن كله محافظة على حقوق ذوي المصلحة، الذين لهم الحق في كل الثمن أو بعضه عندما يحكم بالشفعة⁽³⁾.

و تشمل المصاريف كل من رسوم توثيق عقد بيع العقار المشفوع فيه، ورسوم تسجيله

(1) -حمدي عمر باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط9، الجزائر: دار هومة للنشر، 2009م، ص236.

(2) -خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ط2، الجزائر: دار هومه، 2008م، ص218.

(3) -نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998م، ص110.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية، ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت⁽¹⁾.

و بعد إنهاء هذه الإجراءات، يحق للشفيع رفع دعوى الشفعة وهو المنصوص عليه في المادة 802 من القانون المدني: " يجب رفع دعوى على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط هذا الحق." وكذلك في المادة 803 من القانون المدني: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع، وذلك دون الإحلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

وتخضع دعوى الشفعة للأحكام المقررة في نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، والتي تنص على وجوب تحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله أو محاميه، وتأتي بعد الديباجة الشكل والموضوع، بحيث يلخص الطلب ومستنداته، وتكون عدد النسخ بعدد المدعي عليهم، وتودع لدى كاتب ضبط المحكمة المختصة، أي أمام القسم العقاري، والكاتب يقوم بدوره بتقييد الدعوى في سجل مخصص لذلك، ويتعين ذكر أسماء الأطراف، وأن يحدد لها تاريخ الجلسة، وبعد أن يؤشر على أصل العريضة ونسخها يقوم بالاحتفاظ بالأصل ويسلم نسخ العريضة إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك، ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة. وبعد التكليف بالحضور يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعي في أجل 30 يوما والمنصوص عليها في المادة 802 من القانون المدني.

وبعد بيان صور الإلزام بتزاع الأموال للمصلحة العامة أو الخاصة عند ابن حزم والمالكية والتشريع الجزائري، نسير إلى بيان الإلزام بتقييد الملكية عند التشريعات الثلاث.

⁽¹⁾ -خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 224.

المبحث الثاني: الإلزام بتقييد الملكية

الإلزام بتقييد الملكية هو وضع ضوابط وقيود للمالك من التصرف في ماله في كليته كالحجر، أو في جزئيه كحق الارتفاق على عقاره، حفاظا على مصلحته في نفسه أو مصلحة الغير، وهو استثناء من الأصل العام بالإباحة في التصرفات المالية، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على اختلافهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم. وهو ما سنتناوله في المطلب الأول: الإلزام بتقييد الملكية في كليته (الحجر)، ثم في المطلب الثاني: الإلزام بتقييد الملكية في جزئيه (حق الارتفاق).

المطلب الأول: الإلزام بتقييد الملكية في كليته (الحجر)

الحجر: هو المنع من التصرفات المالية؛ ولا يتحقق الحكم بوجوبه إلا بوجود سببه كالجنون، أو عدم البلوغ أو السفه، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على اختلاف بينهم في الأوصاف المؤثرة في الحكم، وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: موجبات الحجر

يتفق ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، على أن الحجر يقع على الأموال دون اعتبار لنوعها أو كميتها، مع اختلافهم في موجباته بين مضيق وموسع.

أما ابن حزم؛ فقد حصرها في عدم البلوغ والجنون وآفة بالعقل تمنع التمييز، وهو المنصوص عليه في قوله: "وأما من لم يبلغ، أو بلغ وهو لا يميز ولا يعقل أو ذهب تمييزه بعد أن بلغ مميزا، فهؤلاء غير مخاطبين ولا ينفذ لهم أمر في شيء من ما لهم"⁽¹⁾. وغيرها من الأوصاف لا تعتبر كالأنوثة والإحصان والحرية: "لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه، فهذان خاصة لا ينفذ لهما أمر في ما لهما، فإذا بلغ الصغير، وأفاق المجنون جاز أمرهما في ما لهما كغيرهما ولا فرق، سواء في ذلك كله الحر، والعبد، والذكر،

(1) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 199.

والأنتى، والبكر ذات الأب وغير ذات الأب، وذات الزوج، والتي لا زوج لها، فعل كل ما ذكرنا في أموالهم من عتق، أو هبة، أو بيع، أو غير ذلك نافذ إذا وافق الحق من الواجب، أو المباح⁽¹⁾. ولا يستثنى ابن حزم من قاعدة الإباحة في التصرفات المالية، سوى من عاد عليه نقيض مقصود الشرع من الكفاية والاستغناء، وهو ما عبر عنه بقوله: "ومردود فعل كل أحد في ماله إذا خالف المباح، أو الواجب ولا فرق، ولا اعتراض لأب، ولا لزوج، ولا لحاكم في شيء من ذلك إلا ما كان معصية لله تعالى فهو باطل مردود. ومن معصية الله تعالى: الصدقة، والعطية، بما لا يبقى بعده للمتصدق أو الواهب غنى، فإن أراد السيد إبطال فعل العبد في ماله فليعلن بانتزاعه منه، ولا يجوز للعبد حينئذ تصرف في شيء منه"⁽²⁾. فإبطال ابن حزم الهبة أو الصدقة بجميع المال يوجب إبطال التصرف لا الحجر، ولأنه مقتصر على المجنون وغير البالغ ومن به آفة بعقله.

أما الحجر عند المالكية فهو: "صفة حكومية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله، فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة، ودخل بالأول حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق، فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء.

وأما الزوجة والمريض فلا يمتنعان من التصرف إذا كان غير تبرع أو كان تبرعا وكان بثلث مالهما وأما تبرعهما بزائد عن الثلث فيمتنعان منه. (قوله: ومنها الدين) أي ومن أسباب الحجر الدين؛ وأراد به الفلوس لأجل الدين. (وقوله والسفه) أراد به التبذير وعدم حسن التصرف في المال، ومنها أيضا: الرق والنكاح بالنسبة للزوجة، فأسباب الحجر سبعة وليس منها الردة لأن المرتد ليس بمالك"⁽³⁾. فمذهب المالكية أن موجبات الحجر الكلي تلزم الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق في جميع تصرفاتهم المالية عدا ما تقوم به أنفسهم من مستلزمات

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 140.

(2)- المصدر نفسه، ج 7 ص 410

(3)- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3 ص 292.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

العيش، أما المريض والزوجة فيلزمها الحجر الجزئي إذا فاق تبرعها ثلث ملكيتهما. وهو ما نبه عليه ابن رشد بقوله: "وأما اشتراط البلوغ وكمال العقل في ذلك، فلائهما جميعا مشترطان في صحة الرشد وكماله، إذ لا يصح رشد من صبي لضعف ميزه، بوجوه منفعه، ولا من مجنون لسقوط ميزه وذهاب رأيه؛ فوجب الاحتياط للأموال وقطع مادة الضرر عنها، بأن يمنع من التصرف فيها من ليس بأهل التصرف فيها، ويججر عليه فيها، ويحال بينه وبينها، خشية الإضاعة لها، امتثالا لأمر الله تعالى فيها"⁽¹⁾.

ويعرف الحجر في الاصطلاح القانوني بأنه: "منع شخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله، أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة"⁽²⁾. أما المشرع الجزائري فقد اقتصر على بيان نوعيه وهما: الحجر القضائي الوارد ذكره في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، من المواد 101 إلى 108. والنوع الثاني هو الحجر القانوني، ويرد كعقوبة تكميلية: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية." المادة (9 مكرر جديدة) من قانون العقوبات.

فالحجر القانوني يرد كعقوبة تكميلية ناتجة عن عقوبة أصلية، فيحرم المحكوم عليه من إدارة أمواله والتصرف فيها أثناء تأدية العقوبة الأصلية السالبة للحرية. وبالتالي يحتاج للغير لإدارة أمواله وفقا للمادة (9 مكرر جديدة): " تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي." كما أن قانون العقوبات يحيل إلى قانون الأسرة بالنسبة للإجراءات المتخذة في تعيين نائب شرعي، ويرجع في ذلك إلى أحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في المواد 101 إلى 108 من قانون الأسرة.

(1) -أبو الوليد بن رشد، مسائل أبي الوليد بن رشد، ت: محمد الحبيب التيجاني، ط2، بيروت: دار الجيل، 1993م، ج1

(2) -محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دط، منشأة المعارف، دت، ص167.

أما موجبات الحجر القضائي فهي عوارض الأهلية والتي حصرها المشرع الجزائري في أربعة عوارض، وهي: الجنون والعتة والسفه والغفلة وفق المادتين 42 و 43 من القانون المدني، في حين أن نص المادة 101 من قانون الأسرة لم تذكر صفة "الغفلة": "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفیه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

أولاً: الحجر بموجب عوارض الأهلية

إن بلوغ سن الرشد ليس كافياً لاعتبار المخاطب بأحكام الشرع كامل الأهلية، بل يستوجب أن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية، وهو ما يعبر عنه بالعقل مناط التكليف، فإن أصيب بأفة في عقله كالجنون والعتة، انتقل من حكم الإباحة في التصرفات المالية إلى الإلزام بالمنع حفاظاً لمصلحة نفسه.

فأما الجنون فهو: "احتلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً"⁽¹⁾. وهو أنواع متعددة:

- جنون أصلي: وهو أن يبلغ الشخص مجنوناً
- جنون طارئ: وهو أن يبلغ الشخص عاقلاً، ثم يطرأ عليه الجنون بعد البلوغ.
- جنون مطبق: وهو الذي يفقد فيه المجنون عقله فقداناً كاملاً يستوعب كل الأوقات.
- جنون غير مطبق (الجنون المتقطع): وهو الذي يذهب بعقل صاحبه في بعض الأوقات، ويعود إليه في الأوقات الأخرى⁽²⁾.

(1) - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دط، الجزائر، عين مليلة: دار الهدى، دت، ص 31.

(2) - جمعة سمحان الهلباوي، علم أصول الفقه، دط، الجزائر، عين مليلة: دار الهدى، ص 82.

ويفرق ابن حزم⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾؛ بين الجنون المطبق والجنون المتقطع في لزوم الحكم الشرعي للمجنون حين إفاقته، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يجعل فارقا بين المرتبتين. وترك تقدير مدى توفر الحالة إلى القاضي عن طريق الاستعانة بالخبرة ورأي الأطباء، نظرا لكون المسألة موضوعية⁽³⁾.

وأما آفة العقل، فأكثر ما مثل لها الفقهاء بالعتة، وقد عرفه ابن حزم بقوله: " هو الذي لا عقل له، ومن لا يدري ما يتكلم به، فلا عقل له، فهو معتوه بأي وجه كان"⁽⁴⁾. ونفس المعنى ذكره صاحب منح الجليل بقوله: " ضعيف العقل وناقص التمييز"⁽⁵⁾. أما المشرع الجزائري فلم يعرف معنى العته؛ بل اكتفى باعتباره سببا من أسباب الحجر المادة 101 من قانون الأسرة. ولقد عرفه فقهاء القانون بقولهم: "خلل يصيب عقل الانسان، فيجعل فهمه للأمر قليلا ويكون تديره للأمر على وجه سيء في حق نفسه"⁽⁶⁾. فيلتقي العته مع الجنون من حيث إصابة العقل، ويختلفان في الدرجة فالجنون يؤدي إلى فقدان الكلي للعقل، بينما العته يؤدي إلى إضعاف العقل.

وتجدر الإشارة إلى أن كل من الجنون والعتة لا يؤثران في أهلية الوجوب لأنها تثبت بالذمة، والجنون والعتة لا ينافيان الذمة لأنها ثابتة على أساس الحياة في الانسان، إلا أنهما يؤثران في أهلية الأداء فيعدماها لأنها تثبت بالعقل. والحجر عليهما يصير تلقائيا عند ابن حزم والمالكية وهو المستفاد من النصوص السابقة، خلافاً للمشرع الجزائري الذي اشترط ضرورة اللجوء إلى

(1)- ابن حزم، المحلى ج7 ص140، قال رحمه الله تعالى: " فإذا بلغ الصغير، وأفاق المجنون جاز أمرهما في مالهما كغيرهما ولا فرق".

(2)- ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 34. والقراي، الذخيرة، ج12 ص141.

(3)- علي فيلالي، نظرية الحق، دط، دار موفم للنشر، 2011م، ص219.

(4)- ابن حزم، المحلى، ج9 ص475.

(5)- عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3 ص288.

(6)- عباس الصراف وجورج جزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق) ط11، الأردن: دار الثقافة، 2011م، ص169.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

القضاء لاستصدار حكم بتوقيع الحجر بسبب الجنون والعتة.

ويختلف ابن حزم مع المالكية والمشرع الجزائري، حول اعتبار السفه من عوارض الأهلية الوارد حكمه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (النساء: 5) فالسفه في لغة العرب¹ يطلق على معان ثلاثة: "أحدها: البذاء والسب باللسان، وهم لا يختلفون أن من هذه صفته لا يحجر عليه في ماله - فسقط الكلام في هذا الوجه.

والوجه الثاني: الكفر، قال الله عز وجل: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ ءَامِنُوا كَمَا ءَامَنَ النَّاسُ قَالُوا أَنُؤْمِنُ كَمَا ءَامَنَ السُّفَهَاءُ إِلَّا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ﴾ (البقرة: 13) ولا خلاف منهم ولا منا في أن الكفار لا يمنعون أموالهم، وأن معاملتهم في البيع والشراء وهباتهم جائز كل ذلك، وأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (النساء: 5) وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ﴾ (البقرة: 282) لم يرد به تعالى قط الكفار، ولا ذوي البذاء في ألسنتهم.

والمعنى الثالث: وهو عدم العقل الرافع للمخاطبة كالمجانين والصبيان فقط، وهؤلاء بإجماع منا ومنهم هم الذين أراد الله تعالى في الآيتين، وأن أهل هذه الصفة لا يؤتون أموالهم، لكن يكسون فيها ويرزقون، ويرفق بهم في الكلام، ولا يقبل إقرارهم، لكن يقر عنهم وليهم الناظر لهم². وكذلك عند التحقيق فإن التبذير عند ابن حزم: "وهو النفقة فيما حرم الله تعالى قلت أو كثرت، ولو أنها جزء من قدر جناح بعوضة، أو التبذير فيما لا يحتاج إليه ضرورة مما لا يبقى للمنفق بعده غنى، أو إضاعة المال وإن قل برمي عيثا؛ فما عدا هذه الوجوه فليس سرفا وهو حلال وإن كثرت النفقة فيه"⁽³⁾.

(1)-راجع: الأزدي، جمهرة اللغة، ج2 ص 849. العسكري، الفروق اللغوية، ص 204. ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، ج4، ص 221.

(2)-ابن حزم، المحلى، ج7 ص 151، 152.

(3)-المصدر نفسه، ج6 ص 109.

بينما ذهب المالكية إلى أن: "السفيه هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوته، وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحا في دينه"⁽¹⁾ وكذلك عرف فقهاء القانون السفيه بقولهم: " من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه الخير أو الشر"⁽²⁾. فالعقل يقتضي حسن التصرف والتدبير، وإن كان الاختلاف في تقديره وارد بحسب الأعراف والأزمنة والأمكنة، فيتعين على القاضي الاستقصاء ومعرفة موجبات النفقة، هل تقتضي هذا الإسراف؟ لمعرفة ما إذا كان التصرف يتفق مع مقتضيات العقل أم يخالفه، ذلك أن السفيه ليس من الأمراض العقلية التي يتم إثباتها بخبرة قضائية من طرف طبيب مختص. فتبقى إذن المسألة تقديرية في تحديد معنى السفيه وعلاقته بالتبذير.

ثانيا: الحجر بموجب الزوجية

يتفق ابن حزم والمشرع الجزائري؛ على عدم اعتبار الحجر على مال الزوجة لصالح زوجها، فيما إذا زاد تبرعها على ثلث مالها خلافا للمالكية.

فالقاعدة العامة عند ابن حزم أن المرأة سواء كانت بكرا أم متزوجة، فتصرفاتها المالية نافذة وصحيحة، لاستوائها في التكليف الشرعي مع الرجل، وفي ذلك يقول: " وكذلك لا يجوز الحجر أيضا على امرأة ذات زوج؛ ولا بكر ذات أب، ولا غير ذات أب، وصدقتها وهبتها نافذ كل ذلك من رأس المال إذا حاضت كالرجل سواء سواء"⁽³⁾ فلا يرد عليها هذا الاستثناء الذي لا يشهد له نص، وهو المستفاد من قوله: " فلا يخرج من هذا الحكم إلا من أخرجه النص، ولم يخرج النص إلا الجنون ما دام في حال جنونه، والذي لم يبلغ إلى أن يبلغ فقط"⁽⁴⁾. ولاين حزم اجتهاد سديد في بيان أحقية المرأة في التصرف في مالها، وفي استقلالية ذمتها المالية

(1)- ابن حزمي، القوانين الفقهية، ص 211

(2)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلزام، ط2، الجزائر، دار الهدى، 2004، ج

1، ص162.

(3)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص 181.

(4)- المصدر نفسه، ج7 ص 141.

عن الزوج أو الأب، مستندا في ذلك إلى ازدواجية الخطاب الشرعي للرجل والمرأة في بيان الحقوق والواجبات، وهو المستفاد من قوله: "إن الله تعالى افترض في القرآن والسنة، التي أجمع أهل الإسلام عليهما إجماعا مقطوعا به متيقنا، أن على الأزواج نفقات الزوجات؛ وكسوتهن وإسكانهن وصدقاتهن، وجعل لهن الميراث من الرجال كما جعله للرجال منهن سواء سواء. فصار بيقين من كل ذي مسكة عقل حق المرأة في مال زوجها واجبا لازما، حلالا يوما بيوم، وشهرا بشهر، وعاما بعام، وفي كل ساعة، وكرة الطرف، لا تخلو ذمته من حق لها في ماله.

بخلاف منعه من مالها جملة وتحريمه عليه، إلا ما طابت له نفسها به، ثم ترجو من ميراثه بعد الموت كما يرجو الزوج في ميراثها ولا فرق. فإن كان ذلك موجبا للرجل منعها من مالها فهو للمرأة أوجب، وأحق في منعه من ماله إلا بإذنها؛ لأن لها شركا واجبا في ماله، وليس له في مالها إلا التبر والزجر، فبالعجب في عكس الأحكام. فإن لم يكن ذلك مطلقا لها منعه من ماله خوف أن يفتقر فيطلب حقها اللازم؟ فأبعد والله وأبطل أن يكون ذلك موجبا له منعها من مال لا حق له فيه، ولا حظ إلا حظ الفيل من الطيران"⁽¹⁾.

أما الملكية فلم يجعلوا للمرأة حيزا للتصرفات المالية سوى ثلث مالها فقط، قال الدسوقي: "ومن أسباب الحجر... النكاح بالنسبة للزوجة"⁽²⁾ وعلل القاضي عبد الوهاب المالكي سبب الحجر بقوله: "لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئا من مالها ولا تتصدق ولا تعتق ولا تخرجه في معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها...، وقوله: "تنكح المرأة لدينها ومالها وجمالها"... وذلك يفيد أن للزوج حقا في تبقية مالها بيدها، ولأن العادة جارية بأن الزوج يتحمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته، كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض

(1)-المصدر السابق، ج 7 ص 289

(2)-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3 ص 292،

الزوج مما لأجله رغب في نكاحها وكمل لأجله صداقها"⁽¹⁾ ولابن حزم رأي وجيه في الرد على الملكية وهو: " أن رسول الله ﷺ لم يأمر أن تنكح لملها، ولا نذب إلى ذلك، ولا صوبه، بل إنما أورد ذلك إخبارا عن فعل الناس فقط، وهذه أفعال الطماعين المذموم فعلهم في ذلك بل في الخبر نفسه الإنكار لذلك بقوله - عليه الصلاة والسلام - : "فاظفر بذات الدين"⁽²⁾ فلم يأمر بأن تنكح بشيء من ذلك إلا للدين خاصة، لكن الواجب أن تنكح المرأة الزوج لملها، لأن الله تعالى أوجب لها الصداق عليه والنفقة والكسوة"⁽³⁾.

ويوافق المشرع الجزائري ابن حزم في إقرار تصرفات المرأة المالية وإجازتها، متى تحققت لها الأهلية الكاملة. كما أثبت لها ذمة مالية مستقلة وفق المادة 37 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

ثالثا: الحجر بموجب المرض

ذهب ابن حزم إلى أن مرض الموت؛ لا يعتبر وصف مؤثر في الحكم بالحجر على من لزمه، لأنه لا يعتبر من عوارض الأهلية، فمادامت مدركات العقل عنده صحيحة وسليمة، فإن تصرفاته المالية تحمل على الشرعية. وهو المنصوص عليه في قوله: "والمريض مرضا يموت منه أو يبرأ منه، والحامل مذ تحمل إلى أن تضع أو تموت، والموقوف للقتل بحق في قود أو حد أو بباطل، والأسير عند من يقتل الأسرى أو من لا يقتلهم، والمشرف على العطب، والمقاتل بين الصفيين كلهم سواء، وسائر الناس في أموالهم، ولا فرق في صداقتهم، وبيعهم، وعتقهم وهبائهم وسائر أموالهم. وقال قوم: بالحجر على هؤلاء فيما زاد على الثلث"⁽⁴⁾. أما الملكية فقد اعتبروا مرض الموت وصف مؤثر في الحكم، بضابط هو التبرع فيما زاد عن ثلث المال وهو المستفاد من قول صاحب التاج والإكليل: " لا يجوز لسبعة فعلهم في أموالهم إلا في الثلث فأدنى

(1)-القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1 ص 1179.

(2)-صحيح البخاري، باب الأكفاء في الدين، ج 7 ص 7.

(3)-ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 110.

(4)-المصدر نفسه، ج 7 ص 164.

منهم المريض، ... قال مالك: كل مرض أقعد صاحبه عن الدخول والخروج وإن كان جذاما أو برصا أو فالجا فإنه يحجر فيه عن ماله⁽¹⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم في عدم اعتبار مرض الموت سببا من أسباب الحجر، حتى وإن خصه ببعض الأحكام، وعليه فإذا رفعت دعوى أمام القضاء؛ موضوعها الحجر على شخص مريض مرض الموت، فلا تقبل هذه الدعوى وترفض لعدم التأسيس.

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية لتوقيع الحجر

سنعتمد في دراستنا الإجراءات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري. ولا بد من وضع في عين الاعتبار أن موجبات الحجر مختلف فيها بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، فإجراءات الحجر على الزوجة مثلا لصالح زوجها، إذا زاد تبرعها على ثلث مالها يقع باطلا عند ابن حزم والمشرع الجزائري خلافا للمالكية.

ولمعرفة إجراءات توقيع الحجر، لا بد من معرفة الأشخاص المخول لهم برفع دعوى الحجر، وشروط رفع هذه الدعوى وإجراءات سيرها ودور القاضي فيها. حيث نصت المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري: " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة." كما نصت المادة 105 من قانون الأسرة: " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة." وكذلك نصت المادة 106 من نفس القانون: " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام."

ومنه نسير إلى بيان هذه الإجراءات:

أولا: الأشخاص المخولون بطلب الحجر

أعطى المشرع الجزائري الحق في رفع الدعوى على من لزمه موجب الحجر، لكل من

⁽¹⁾ - المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 6 ص 663.

أقاربه، أو لمن له مصلحة أو للنيابة العامة وهذا طبقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري.

1-الأقارب:

للأقارب الحق في رفع دعوى الحجر على من اعترض أهليته عارض من العوارض، غير أن المشرع الجزائري أطلق لفظ القرابة على عمومته دون تقييد، فنصير إلى ضم النصوص القانونية بعضها إلى بعض لبيان مدلوله.

و بالرجوع إلى مواد القانون المدني نجد مايلي:

المادة 32: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد ".

المادة 33: " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي رابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. "

المادة 34: "يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود ما عدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا في الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة. "

المادة 35: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر. "

فمن خلال هذه المواد القانونية؛ يتضح لنا أن المشرع الجزائري اعتبر قرابة الدم وهو ما عبر عنه بالصلة بين الأصول والفروع، وقرابة مصاهرة بين أهل الزوجين، فكل من تحققت فيه صفة القرابة فله الحق في رفع الدعوى، حيث افترض المشرع في الأقارب وجود نوع من الشفقة لا تتحقق في الغير، فهم أعلم الناس بحال المحجور عليه.

2- من له مصلحة:

أقر المشرع الجزائري لمن له مصلحة، في رفع دعوى الحجر على من به عارض من عوارض الأهلية، وفقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة، لأن مصلحة المدعي متصلة بالحفاظ على مال الشخص المراد الحجر عليه من الضياع، لوجود حق أو مركز قانوني يتعلق بتلك الأموال. فيقوم برفع دعوى الحجر مطالباً برفع يد المراد الحجر عليه عن أمواله من طرف القضاء، وإعطاء الولاية لشخص آخر له الحق في الولاية أو الوصاية وهو ما يبين مصلحة المدعي التي يقصدها المشرع الجزائري، وهي حفظ حقوقه المالية المتعلقة بالمال المراد الحجر عليه.

3- النيابة العامة

وفق أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي تم تعديله بالأمر 02/05 المؤرخ في 20 فبراير 2005م، فإن النيابة العامة طرف أصلي في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، وذلك من خلال نص المادة 03 مكرر الذي جاء فيه: " تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". وتمارس النيابة العامة مهامها كطرف أصلي في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام متى تم الإخلال به. وهذا ما جاءت به المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بخصوص التدخل التلقائي للنيابة العامة في هاتين الحالتين: " تدخل النيابة العامة تلقائياً في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام." ومتى انعدم وجود نص قانوني يجيز لها ذلك أو غاب مبرر النظام العام، يكون الأساس القانوني لدى المدعي العام غير سليم وغير مقبول⁽¹⁾.

كما أعطى المشرع الجزائري حقاً للنيابة العامة في التدخل باعتبارها طرفاً منضمماً، والمقصود بصفة " الطرف المنضم " هو عدم انحياز أو تبني موقف أحد الطرفين في النزاع، وإنما تقدم النيابة العامة ملاحظاتها على ضوء ما يمليه التطبيق السليم للقانون، وصور تدخل النيابة

⁽¹⁾ -عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، المحلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 102 الجزائر 2005، ص 35.

العامّة في التدخّل الانضمامي يتخذ صفة الاختيار أو الجواز أو الوجوب⁽¹⁾.

أ- التدخّل الاختياري للنيابة العامة كطرف منضم: تتدخل النيابة العامة تلقائياً، وتطالب بالاطلاع على الملف وتبدي ملاحظاتها في القضايا التي ترى في تدخلها أمراً ضرورياً، وهذا دون أن تنضم لطرف معين.

ب- التدخّل الجوازي للنيابة العامة كطرف منضم: يجوز تلقائياً لقاضي شؤون الأسرة؛ كلما تبين له أن قضية ما تكتسي طابعاً ذا أهمية خاصة له علاقة بمصلحة المجتمع، أن يأمر بتبليغ الملف للنيابة العامة لإبداء رأيها حول تطبيق القانون، وذلك من أجل الحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها.

ج- التدخّل الإجباري للنيابة العامة كطرف منضم: تبلغ النيابة العامة وجوباً في بعض القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، والتي تكون فيها كطرف منضم وتدخلها إجباري خاصة في حماية ناقصي الأهلية، وكذا يمكنها طلب تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها⁽²⁾.

ثانياً: إقامة الدعوى وانعقاد الخصومة

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق. تبدأ بعريضة افتتاح دعوة ثم تكليف الخصم بالحضور في الزمان والمكان المحددين، أما الخصومة فيقصد بها مجموعة الإجراءات التي تتمثل في الشق العملي أو التنفيذي لممارسة الحق⁽³⁾.

(1) - عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، وجدة، جامعة محمد الأول، 2009م/2010م، ص 9.

(2) - فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 13، جوان 2016م، ص 59-60.

(3) - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فبراير 2008)، ط2، الجزائر: بغدادي، 2009م، ص 32.

1- عريضة افتتاح الدعوى

يعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى أمام القضاء المدني، ويجب أن تكون مكتوبة موقعة ومؤرخة، وتشمل البيانات المحددة قانونا، ويكون إيداعها لدى أمانة الضبط بالمحكمة المختصة؛ مرفقة بالوثائق والمستندات التي تثبت طلباته وتدعم ادعاءاته ويجب تبليغها للمدعى عليه⁽¹⁾. وهو المستفاد من نص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."

كما يتعين على أمين الضبط أن يسجل رقم القضية، وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ويسلمها إلى المدعي ليقوم بتبليغها رسميا إلى الخصوم، وهو المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تسليمها رسميا للخصوم." فالمرجع الجزائري وضع مهمة تبليغ نسخة من عريضة افتتاح الدعوى على كاهل المدعي وحده، فيقوم هذا الأخير بتبليغ نسخة من العريضة إلى المدعي عليه بواسطة المحضر القضائي⁽²⁾.

2- التكليف بالحضور

يعرف التكليف بالحضور بأنه: "الاستدعاء أو الدعوى الموجهة للمدعي عليه للمثول أمام المحكمة، للرد على طلبات المدعي المحددة في العريضة المعلنة له⁽³⁾. وقد حدد المشرع الجزائري البيانات التي يجب أن يتضمنها التكليف بالحضور في المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية:

(1)- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دط، الجزائر: دار هومة، دت، ص 7-8.

(2)- المرجع نفسه، ص 11.

(3)- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دط، الجزائر: دار الهدى، دت، ج 1 ص 94.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

-اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

-اسم ولقب المدعي وموطنه.

-اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

-تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها "

أما بالنسبة لميعاد التكليف بالحضور، فهو الحد الأدنى الذي يجب أن يمضي بين تاريخ تسجيل عريضة افتتاح الدعوى وبين تاريخ الجلسة، وهذا الأجل يمنح للمدعي عليه لتمكينه من إعداد دفاعه قبل مثوله أمام هيئة المحكمة، وقد حدد المشرع الجزائري أجل عشرين يوما بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، وتاريخ أول جلسة المحددة للنظر في قضية طلب الحجر، أما إذا كان المدعى عليه مقيما بالخارج فيمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر. وهو المنصوص عليه في المادة 16 فقرة 3-4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

ثالثا: دور القاضي في دعوى الحجر

ألزم المشرع الجزائري أن يكون الحكم بالحجر بحكم قضائي في جميع أنواعه خلافا لابن حزم وللمالكية في عدم اشتراطهما في حالة الجنون والعتة، ويُصدر الحكم القضائي قاضي الأحوال الشخصية، والذي له دور أساسي في سير دعوى الحجر وفي الإجراءات التي تمر بها.

1- وجوب تمكين المخاطب بحكم الحجر من الدفاع

كفل المشرع الجزائري للمخاطب بحكم الحجر؛ حق حماية مصالحه المالية وحق الدفاع عن إدارتها بنفسه، وهو المستفاد من المادة 105 من قانون الأسرة الجزائري: " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، وللمحكمة أن تعين له مساعد إذا

⁽¹⁾ -فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م ص 18-19.

رأت في ذلك مصلحة".

فالنص القانوني يحمل وجوب التمكين، مع حق الاختيار بحسب تحقق المصلحة، وأمام هذا التعارض فصل اجتهاد المحكمة العليا في مسائل الأحوال الشخصية، بالإلزام: " يجب على القاضي قانوناً تعيين محام، للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه." وأن مخالفة ذلك يعد وجه من أوجه النقض، وقد جاء في حيثيات الحكم ما يلي: " عن الوجه الثاني المأخوذ من خرق أحكام المادة 105 من قانون الأسرة: حيث بالفعل وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه مرة أخرى، يتبين فيه أن الطاعن كان فعلاً قد طالب أمام قضاة الاستئناف تعيين محامياً للمطعون ضدها المحجور عليها أمه (ح، ز)، قبل أن يفصلوا في الاستئناف إلا أن هذا الدفع قد رفض بدعوى أن الطلب ليس له ما يبرره، وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامي متروك لقاضي الموضوع، وما يلاحظ أن هذا التعليل قد جانب الصواب، وخالف القانون وخاصة نص المادة 105 من قانون الأسرة، التي توجب على القضاة أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

2- الاستعانة بالخبرة القضائية وإجراء التحقيق

الخبرة إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية؛ في الدعاوى التي تعرض على القاضي بهدف الطعن في أهلية الشخص المراد الحجر عليه، ولا يستطيع الإحاطة بها، فيتعين عليه الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص للقطع بوجود موجب الحجر أو انتفائه، وهو المنصوص عليه في المادة 103 من قانون الأسرة: " يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

فإذا كانت دعوى الحجر مؤسسة على سبب الجنون والعتة، فالغالب هو الاستعانة بخبرة طبية يأمر بها القاضي بموجب حكم تحضيري، إذا لم يتبين له وفقاً لتقديره ما إذا كان الجنون

⁽¹⁾ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336017، قرار بتاريخ 2005/07/13م، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد 1، ص 331.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند (بن) حزم مقارنة بالمزهب (الثالثي)...

والعته متوفر في الشخص المراد الحجر عليه. ويخوله القانون حسب المادة 103 من قانون الأسرة، والمادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك الإجراءات المنصوص عليها في باب الخبرة من المادة 125 إلى المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما تأمر المحكمة الخبير الطبي إيداع تقرير الخبرة بأمانة ضبط المحكمة، وبذلك يتحقق القاضي من وجود حالتي الجنون أو العته وفقا لهذا التقرير، أما الاكتفاء بشهادة الشهود فيعتبر طريقا من طرق النقض، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا: " يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود"⁽¹⁾. أما إذا كانت دعوى الحجر مؤسسة على السفه والغفلة، فإن إثبات توفرهما يقتضي الأمر بإجراء تحقيق قضائي طبقا لنص المواد 43 إلى 46 والمواد 61 إلى 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فله أن يستدعي أقارب الشخص أو من تعامل معه معاملة تجارية، للبحث عن مدى توفر حالة السفه أو الغفلة، وللتحقق من ثبوتهما يتعين إثبات أن تصرفاته المالية على خلاف مقتضى العقل والشرع، أو ضعف في الملكات النفسية، تجعله ينخدع بأبسط الأمور وأنفهاها، على نحو يضيع المال بسبب ضعف في ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير⁽²⁾.

رابعا: إصدار الحكم

يسري على الحكم بالحجر جميع طرق الطعن التي كفلها المشرع للمحكوم عليه، سواء كانت عادية أو غير عادية بما فيها المعارضة والاستئناف والطعن بالنقض والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، حيث نصت المادة 106 من قانون الأسرة على أن "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن، ويجب نشره للإعلام". فنشر الحكم بالحجر يسري عليه حكم الإلزام، احتياطا في تعامل الغير مع المحجور عليه. ولا يسري هذا الحجر في حق الغير إلا

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 273529، قرار بتاريخ 2002/02/13م، المجلة القضائية 2003م، عدد 2 ص 289.

(2)- محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ص 335

من وقت نشر الحكم، كما هو مقرر في المادة 106 من قانون الأسرة. ورغم نص المشرع الجزائري على وجوب الإعلام، إلا أنه لم يبين وسائل نشره أو كلفيته، غير أنه جرت عادة المحاكم القضائية على نشر الحكم بالحجر في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي أصدرت الحكم وهي غالبا محكمة موطن المحجور عليه، وذلك بعد تأشير النيابة العامة نظرا لأن الحجر تتعلق أحكامه بالنظام العام، بالإضافة إلى ذلك يتم نشر منطوق الحكم لدى مكاتب التوثيق الواقعة في دائرة اختصاص محكمة موطن المحجور عليه لإعلام الغير، وكذلك نشره في الجرائد اليومية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الحجر

إذا لزم الحجر الشخص الذي اعتراه موجب من موجباته، فإنه يصير مانعا من تحقيق أي تصرف مالي في حق نفسه أو في حق الغير، مما يتعين وجود البديل الشرعي والقانوني حفاظا على ماله وجودا وعدما، وهو متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، بين مضيق وموسع.

أولا: إدارة أموال المحجور عليه

ذهب ابن حزم إلى أن إدارة أموال المحجور عليه ؛ تثبت للوصي وللقاضي ولكل مسلم له كفاءة في تحقيق مصلحة معتبرة شرعا، وهو المستفاد من قوله: "ومن حجر عليه ماله لصغر أو جنون، فسواء كان عليه وصي من أب أو من قاض كل من نظر له نظرا حسنا في بيع أو ابتاع، أو عمل ما فهو نافذ لازم لا يرد، وإن أنفذ عليه الوصي ما ليس نظرا لم يجز، لقول الله تعالى: ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ [النساء: 135]، ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا نَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ [المائدة: 2]... وقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [التوبة: 71] ولقول رسول الله ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه". فصح

(1) -العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، 1996م-2006م، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 462.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتغييرها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

أن كل مسلم فهو ولي لكل مسلم، وأنه مأمور بالنظر له بالأحوط وبالقيام له بالقسط، وبالتعاون على البر والتقوى؛ فكل بر وتقوى أنفذه المسلم للصغير، والذي لا يعقل فهو نافذ بنص القرآن⁽¹⁾. فاستدلال ابن حزم هنا بالاسم الأعم، (الولاية والتعاون) كلفظ مركب يقتضي التعميم لجميع الأفراد دون ترجيح بين مدلولاته، وبإسقاط جميع الأوصاف فلا اعتبار لها. لأنه: "لم يأت قط نص بإفراد الوصي بذلك ورد ما سواه"⁽²⁾.

ويتفق المالكية مع ابن حزم، في أن الولي على المحجور عليه - من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه -، هو الأب الرشيد، ثم لوصيه، ثم للحاكم، فإن لم يكن حاكم فالولاية لجماعة المسلمين. فلا تثبت الولاية المالية للجد والأخ والعم إلا بإيضاء الأب. وفي ذلك يقول الدسوقي المالكي: "واستحسن أن العرف كالنص؛ كما يقع كثيرا لأهل البوادي وغيرهم أن يموت الأب ولا يوصي على أولاده، اعتمادا على أخ أو عم أو جد ويكفل الصغار من ذكر، فلهم البيع بشروطه ويمضي ولا ينقض. وينبغي أن يكون ذلك فيمن عرف بالشفقة وحسن التربية وإلا فلا بد من حاكم أو جماعة المسلمين"⁽³⁾. وغني عن البيان أنه؛ لا يتصرف ولي المحجور عليه إلا بما تقتضيه المصلحة⁽⁴⁾. فالولي هو صاحب السلطة الشرعية التي يتمكن صاحبها من التصرف في مال غيره من غير توقف على إجازة أحد⁽⁵⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع ابن حزم والمالكية في كليتهم حول وجوب تعيين الولي ومن في حكمه، وهو المنصوص عليه في المادة 44 من القانون المدني: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة". كما تنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته

(1)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص199.

(2)- المصدر نفسه، ج7 ص199.

(3)- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3 ص301.

(4)- القرافي، الذخيرة، ج8 ص240، الخطاب، مواهب الجليل، ج5 ص60.

(5)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6 ص4476.

أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لهذا القانون. " وتنص المادة 99 من نفس القانون على أن المقدم هو من تعينه المحكمة، في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصا لها. والمقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

و هذا ما نصت عليه المادة 100 من قانون الأسرة. وتنص المادة 104 من نفس القانون على أنه: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما، لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه". فالنيابة الشرعية على المحجور عليه عند المشرع الجزائري تكون إما ولاية أو وصاية أو تقديما.

فالولي هو من يقوم بأمر القاصر بحكم الشرع والقانون من الأقارب، دون حاجة إلى القضاء والاختيار كالأب والجد. وتطلق كلمة الوصي على من يتولى أمور القاصر من غير الأب والجد سواء باختيارهم أو باختيار القاضي. وتطلق كلمة القيم (المقدم) على من يعينه القاضي -حين غياب الولي أو الوصي- للإشراف على المحجور عليهم من المجانين والمعتوهين والسفهاء والمغفلين. وبالتالي يتبين أن المشرع الجزائري فرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الشخص المحجور عليه لم يبلغ سن الرشد القانوني 19 سنة، فالوصاية أو الولاية تظل قائمة.

الحالة الثانية: يكون المحجور عليه قد بلغ السن القانوني، فإن الولاية والوصاية تسقط ويعين القاضي مقدما بضابط هو استمرار سبب الحجر من جنون أو عته أو سفه أو غفلة⁽¹⁾.

ثانيا: حكم تصرفات المحجور عليه

ذهب ابن حزم إلى أن تصرفات المحجور عليه غير لازمة ولا تنفذ، حاشا المجنون الذي يفيق من جنونه ثم يعاوده فإن تصرفاته حال إفاقة صحيحة، وفي ذلك يقول: " وأما من لم

⁽¹⁾ -فطيمة زهرة عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون تخصص الأحوال الشخصية، تحت إشراف العربي مجيدي، جامعة محمد بوضياف - المسيلة - 2015، 2016، ص 115 .

يبلغ، أو بلغ وهو لا يميز ولا يعقل أو ذهب تمييزه بعد أن بلغ مميزا فهؤلاء غير مخاطبين ولا ينفذ لهم أمر في شيء من مالهم. فإن كان المجنون يفيق تارة ويعقل، ويجن أخرى جاز فعله في الساعات التي يفيق فيها، وبطل فعله في الساعات التي يجن فيها... ولأنه مخاطب في ساعات عقله غير مخاطب في ساعات جنونه⁽¹⁾.

أما الملكية؛ فلديهم التفصيل الآتي: " أن المميز والسفيه إذا تصرفا في مالهما بمعاوضة مالية بغير إذن وليهما، وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد، فإن لوليها الخيار بين الإجازة والرد ولا فرق بين العقار وغيره. قال في البيان: إذا باع اليتيم دون إذن وصيه أو صغير بدون إذن أبيه شيئا من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بد له منها، وكان لا شيء له غير الذي باع أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله اختلف فيه. على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشيء من الثمن لأن المشتري سلطه على إتلافه.
الثاني: برد البيع إن رأى الولي المصلحة فيه ولا يبطل الثمن عن اليتيم ويؤخذ من ماله الذي صوبه بذلك الثمن. فإن ذهب ذلك المال المصون وتجدد غيره فلا يتبع بالثمن.
الثالث: أن البيع يمضي ولا يرد.

والمعتمد من هذه الأقوال أوسطها، وأما إن باع بأقل من الثمن أو لغير مصلحة فإن البيع يرد قولاً واحداً، ولا يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لا بد له منه⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري، ووفق المادة 107 من قانون الأسرة فقد ميز بين حالتين:
الحالة الأولى: بطلان تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم القضائي، أو إذا كانت أسباب الحجر كالجنون والعتة ظاهرة وفاشية قبل صدوره.

(1) - ابن حزم، المحلى،

(2) - القاضي عبد الوهاب، التلقين في المذهب المالكي، ج2 ص169. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3 ص384.

أما الحالة الثانية: **اعتبر التصرفات** التي يبرمها المجنون أو المعتوه قبل صدور الحكم القضائي، صحيحة في الأصل، ولا تقع باطلة رغم تخلف الإرادة وانعدام التمييز، وهذا يتنافى مع كون الإرادة هي قوام التصرفات القانونية. وقد أجاز المشرع هذا الاستثناء من أجل حماية الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه، متى كان هذا الطرف الآخر حسن النية، حتى لا يتفاجأ ببطلان العقد. فإن كان على علم بحالة المجنون والعته فإنه يقضي ببطلانه.

فالاختلاف حاصل بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، في أن الحجر على المجنون أو المعتوه لا يحتاج لحكم قضائي، بل الحجر يكون تلقائياً ولا يزول إلا بزوال سببه فتكون بالتالي جميع تصرفاته باطلة، في حين أن المشرع الجزائري يشترط رفع دعوى قضائية والحكم بموجبها ولذلك نجده فرق بين الحالتين.

المطلب الثاني: الإلزام بتقييد الملكية في جزئته (الارتفاق).

حق الارتفاق: هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك لغير مالك العقار الأول. وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك. مثل حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الجوار، وحق العلو⁽¹⁾. وهو مختلف في كليته بين ابن حزم والمالكية والقانون الجزائري. ذلك أن حق الارتفاق مبني على دفع التزاحم بين المصالح، بين مصلحة مالك العقار الأول في الانتفاع الكلي والمطلق بملكيته، وبين مصلحة مالك العقار الثاني والتي لا تتحقق إلا بالحد من المنفعة منعا لضرر لاحق به.

الفرع الأول: ماهية حق الارتفاق

وستتناول في هذا المطلب التعريف الفقهي والقانوني لحق الارتفاق، وكذلك التمييز بين حق الارتفاق وحق الانتفاع، وأخيراً شروط حق الارتفاق.

⁽¹⁾ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2900.

أولاً: التعريف الفقهي والقانوني للارتفاق.

لم يعرف ابن حزم الارتفاق بمعناه الاصطلاحي، ووردت أحكامه في كتاب المحلى بلفظ المرفق، أما الملكية فقد عرفه التسولي بقوله: "الإرفاق: وهو إعطاء منافع العقار. إرفاق جار حسن للجار بمسقى أو طريق أو جدار"⁽¹⁾، وما ذكره صاحب التاج والإكليل: " سنة الأهمار والطرق الارتفاق بها لعامة المسلمين، فليس للسلطان أن يمنع من يريد أن ينصب على نهر إذا كانت الضفتان له أو إحداهما، وأباح له صاحب الثانية ذلك ولا حجة للسلطان أن الوادي له"⁽²⁾، أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 857 من القانون المدني بقوله: " الارتفاق حق يجد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال." ويلاحظ أن المشرع الجزائري في صياغته للمادة 867 قد أغفل قيد الملكية الذي يعتبر وصف مؤثر في الحكم، إذ لا يتحقق حق الارتفاق لعقارين مملوكين لشخص واحد. ويذهب العديد من الفقهاء إلى تفسير عدم تطرق القانون الوضعي إلى مضمون حق الارتفاق في تعريف شامل، لكثرة أنواع الارتفاق واختلاف مضمون كل منها، فإذا كان مضمون حق الملكية هو التصرف، وحق الانتفاع هو الاستغلال والاستعمال، فإن مضمون حق الارتفاق لا يمكن حصره إذ يوجد ارتفاق بالمرور، وارتفاق بعد تعلية البناء لحد معين... الخ، وحسب الدكتور عبد المنعم فرج الصده: " فإن مضمون حق الارتفاق قد يكون عملاً إيجابياً... وقد يكون عملاً سلبياً... وفي كلتا الحالتين يعتبر المضمون تكليفاً يجد من منفعة العقار المرتفق به، فيؤدي بالانتقاص من المزايا التي يخولها حق الملكية"⁽³⁾.

(1) - أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، ت: محمد عبد القادر شاهين، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية،

1998، ج2 ص413.

(2) - المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج7 ص146.

(3) - عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية - دراسة في القانون اللبناني والمصري - بيروت: دار النهضة العربية

1978م، ص 935 - 936.

ثانيا: التمييز بين حق الارتفاق وحق الانتفاع

يعتبر حق الارتفاق وحق الانتفاع ؛ من أنواع الحقوق العينية لا الشخصية المقررة على مال الغير، وذلك أن جميع الحقوق العينية تنطلق من فكرة واحدة، وهي أنها حق ثابت في العين أو المال، لكن يظل بينهما فروق.

1- حق الارتفاق مقرر لعقار معين أيا كان مالكة. وأما حق الانتفاع فهو مقرر لشخص. فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية، فينتفع به كل مالك لها، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين. أما حق الانتفاع به فإنه خاص بشخص المنتفع، فإذا مات انتهى حقه، سواء أكان ناشئاً بين الأحياء كالإجارة والإعارة، أم بين ميت وحي كالوصية والوقف.

2 - يكون حق الارتفاق مقررًا دائماً على عقار، ولذا تقل به قيمته عن الأرض الحالية من مثل هذا الحق. أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار، كأرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول كسيارة استأجرت.

3- حق الارتفاق حق أصلي لا يجوز رهنه ولا حجزه مستقلاً عن العقار المرتفق، في حين أن حق الانتفاع هو حق أصلي؛ يجوز التصرف فيه مستقلاً عن الشيء المرتفق به.

4- أن مضمون حق الارتفاق هو أضييق من مضمون حق الانتفاع، فهذا الأخير هو استعمال واستغلال الشيء المنتفع به، بينما الأول هو استعمال العقار المرتفق كما هو محدد في السند.

3 - حق الارتفاق دائم لا ينتهي بوقت، أما حق الانتفاع فهو مؤقت ينتهي بموت شخص المنتفع كالموصى له بمنفعة أرض⁽¹⁾.

⁽¹⁾ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6 ص 4657. زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، تحت إشراف د بن شنيبي حميد، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2004م، ص 32-33.

ثالثا: شروط حق الارتفاق

يرتبط حق الارتفاق بشروط خاصة، إذا انعدمت صار حق الارتفاق منعدما ولا ينتج آثاره، وهذه الشروط متفق عليها في كليتها بين ابن حزم، والمالكية والمشرع الجزائري.

1- وجود عقارين: إن الارتفاق يضيء خصائص إيجابية، تزيد من قيمة العقار المرتفق به لذاته لا لشخص المالك، والذي لا يعتبر وصفا مؤثرا بالحكم، فلا اعتبار لتغير المالك.

كما أنه من جهة ثانية يضيء مميزات سلبية على العقار المرتفق به الذي يتحمل عبء الارتفاق، ذلك أنه يجد من سلطات مالك العقار في الانتفاع الكلي بعقاره؛ عند المالكية والمشرع الجزائري خلافا لابن حزم.

2- اختلاف ملكية العقارين: لا نصير إلى حكم الارتفاق إلا إذا كان مالك العقارين شخصين مختلفين. لأن المالك لا يكون له حق الارتفاق على عقارين في ذمته.

3- ألا يكون مضمون حق الارتفاق مخالفا للنظام العام: يشترط لقيام حق الارتفاق أن يكون التكليف الذي يتضمن الارتفاق مشروعاً، فسواء كان التكليف إيجابياً كقيام مالك العقار المرتفق بعمل معين أو سلبياً بامتناعه عن القيام بعمل معين، فإن هذا التصرف يجب أن لا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب. كمن حول حق ارتفاق بالمرور في أرضه لتهديب المهاجرين غير الشرعيين.

رابعا: أسباب نشأة حقوق الارتفاق

اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري؛ حول أسباب نشأة حقوق الارتفاق بين موسع وضيق.

1- الشركة العامة:

و يقصد به اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام، كالطرق والجسور العامة، والأهوار الكبيرة، ومصارف المياه العامة، والحدائق والمواقف العامة، ويترتب على هذه

العقارات حقوق ارتفاع لجميع العقارات المتصلة بها، بحسب طبيعة ما خصص له ذلك المرتفق. وثبت هذا الحق بهذا السبب مشروط بعدم إحداث الضرر عند استعماله، على أنه لكل أحد أن يطالب أو يعترض لمن يخلّ بالطريق العام ببناء فيه أو نحو ذلك مما يضرّ ويضيق على الطريق، حفاظاً على الحق المشروع للجميع⁽¹⁾. وهو المستفاد من قول ابن حزم: " فلو أن الإمام أقطع إنساناً شيئاً لم يضره ذلك، ولم يكن له أن يحميه ممن سبق إليه؛ فإن كان إحياءه لذلك مضراً بأهل القرية ضرراً ظاهراً لم يكن لأحد أن ينفرد به لا بإقطاع الإمام ولا بغيره، كالملاح الظاهر، والماء الظاهر، والمراح ورحبة السوق والطريق، والمصلى، ونحو ذلك"⁽²⁾. وفي ذات السياق يقول الخطاب: " إنه ليس له أن يجعل على الرحبة نجافاً وباباً ليختص بمنفعتها ويقطع ما للناس من الحق في الارتفاع بها؛ لأن الألفية لا تحجر إنما لأربابها الارتفاع بها وكراؤها فيما لا يضيقها على المارة فيه من الناس، ولا يضر بهم فيه"⁽³⁾. أما المشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 868 من القانون المدني: " ينشأ حق الارتفاع عن الموقع الطبيعي للأمكنة".

2-المعاوضة على حق الارتفاع

مذهب ابن حزم أن الحقوق لا تعتبر مالا وهو المستفاد من قوله: " وإنما تورث الأموال لا الحقوق التي ليست أموالاً"⁽⁴⁾ وبالتالي فإن المعاوضة لا تعتبر سبباً من أسباب حقوق الارتفاع، خلافاً للمالكية الذين أجازوا ذلك، وقد جاء في المدونة: "قال مالك في الرجلين يكون بينهما الأرض قد اقتسماها، ولهما بئر تشرب الأرض منها، فاقسما الأرض فأراد أحدهما أن يبيع ماءه من رجل يسوقه إلى أرض له أخرى. قال: ذلك له"⁽⁵⁾. وهو مذهب المشرع الجزائري في المادة 868 من القانون المدني: " ينشأ حق الارتفاع عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي".

(1)-عبد الله بن عمر السحيباني، حق الارتفاع وتطبيقاته المعاصرة، ص 12. suhaiban.com

(2)-ابن حزم، المحلى، ج7ص73.

(3)-الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5ص157.

(4)-ابن حزم، المحلى، ج6ص380.

(5)-الإمام مالك، المدونة، ج4ص475.

3- إرث حق الارتفاق

لا يعتبر ابن حزم الارتفاق من الحقوق التي تورث، وبالتالي فهو يزول بمجرد موت المورث، خلافا للملكية الذين جعلوه سببا من أسباب الارتفاق، وهو مذهب المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 868 من القانون المدني: " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث."

4- تقادم حق الارتفاق

يعتبر ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري التقادم سببا من أسباب نشأة حق الارتفاق، ذلك أن ثبوت الارتفاق منذ زمن قديم دون معارضة من أحد، يدل على أن الحق نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولاً. وفي ذلك يقول ابن حزم: " كل أرض لا مالك لها ولا يعرف أنها عمرت في الإسلام فهي لمن سبق إليها وأحيها - سواء بإذن الإمام فعل ذلك أو بغير إذنه -... فلو أن الإمام أقطع إنسانا شيئا لم يضره ذلك، ولم يكن له أن يحميه ممن سبق إليه؛ فإن كان إحياءه لذلك مضرا بأهل القرية ضررا ظاهرا لم يكن لأحد أن ينفرد به لا بإقطاع الإمام ولا بغيره، كالمالح الظاهر، والماء الظاهر، والمراح ورحبة السوق والطريق، والمصلى، ونحو ذلك"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الباجي: " وأما القديم فقد قال سحنون: في قناة قديمة في حائط رجل لا يغير القديم وإن أضر بجاره، وكذلك قال في الأفران توكد للفخارين بين دور قوم ربما شكوا جيرانها دخانها أن القديم منها لا يعرض له. وقال ابن القاسم في المجموعة: من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أمنعه من القديم"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد وضع شرطا لقيام حق التقادم وهو أن يكون الحق ظاهرا سواء كان مستمرا أم غير مستمر، وهو المستفاد من نص المادة 868 من القانون المدني: " إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور". ويقصد بالارتفاق الظاهر ما كان

(1)- ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 73.

(2)- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 6 ص 43.

له علامة خارجية تدل على وجوده، فإذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية على حدود عقار جاره، وبقي المظل مفتوحا المدة اللازمة، فيكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمظل، ذلك أن المظل ارتفاق ظاهر وعلامته هي النافذة المفتوحة على ذلك الجار، وهو في الوقت نفسه ارتفاق مستمر إذ لا يحتاج في مباشرته إلى عمل انسان.

فاعتبار التقادم على غير أساس الارتفاقات الظاهرة يعتبر باطلا، وهو ما جاء في قرارات المحكمة العليا في حالات مختلفة، من ذلك:

-قرار رقم 181874 مؤرخ في 1998/10/28م: " لا يكتسب حق الارتفاق بالتقادم على أساس مسح الأراضي"⁽¹⁾.

-قرار رقم 232135 مؤرخ في 2004/06/23م: " لا يكتسب حق الارتفاق بالتقادم على أساس تصريحات سكان المنطقة أثناء عمليات الخبرة، والتي لا يمكن أن تحل محل السندات التي تثبت ارتفاق المرور"⁽²⁾.

-قرار رقم 181874 مؤرخ في 1998/10/28م: " ولما ثبت في قضية الحال؛ أن المدعي عليه لم يثبت اكتسابه لحق المرور لا بعقد شرعي ولا بالميراث ولا بالتقادم، حتى ولو تبين أن والد المستأنف استعمل الممر المتنازع عليه دون تحديد لمدة الاستعمال، فإن ذلك لا يعدو أن يكون على سبيل التسامح، ولا تصلح أن تكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم"⁽³⁾.

الفرع الثاني: أنواع حقوق الارتفاق

تعددت حقوق الارتفاق بحسب الاحتياج إلى تحقيق منفعة ودفع مضرة، كحق الجوار وحق الشرب وحق المطلات والمناور، وقد اختلف ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري حول تكييفها الفقهي بين موسع ومضيق.

(1)-المجلة القضائية، ع1، 1999م، ص 76

(2)-مجلة المحكمة العليا، ع2، 2004م، ص311.

(3)-المجلة القضائية، ع1، 1999م، ص 76.

أولاً: حق الارتفاق بالجوار

حق الجوار هو: حق يثبت لعقار على عقار مجاور له، يتمكن الجار بسببه من تمام الانتفاع بملكه، أو يمنعه من بعض التصرفات. والغالب على حق الجوار هو الحق السلبي وهو ما يثبت للجار على جاره من منع الضرر، وتقييد التصرف في ملكه بما يضر بجاره⁽¹⁾.

وقد ذهب ابن حزم إلى تقييد هذا الحق بضابط هو أنه لا يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقاً لأن كل ذي حق أولى بحقه⁽²⁾. وهو المنصوص عليه في قوله: " ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره؛ لأنه أذى، وقد حرم الله تعالى أذى المسلم. ولكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء - وإن منع جاره الريح والشمس - لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيع له. ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام، أو فرن، أو رحى، أو كمر أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك"⁽³⁾. فعلة منع الضرر عند ابن حزم لا تتحقق إلا بنص شرعي.

ويختلف المالكية مع ابن حزم، بما جاء في المدونة: "قلت: أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعاً لرحا فأبي علي الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟ قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأن مالكا قال: يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا ضرراً منع من ذلك. قلت: وكذلك إن كان حدادا فاتخذ فيها كيراً أو اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران أو حفر فيها آباراً أو كنيفاً قرب جدران جيرانه منعه من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في

(1) - راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6 ص 4680.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 7 ص 85.

(3) - المصدر نفسه، ج 7 ص 86.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

الدخان وغيره"⁽¹⁾. فمنع الإمام مالك قائم على أن منع الضرر في التصرفات المالية، قاعدة كلية يستنبط بها الأحكام الشرعية، خلافا لابن حزم الذي يجعل استثناء لهذه القاعدة وهي "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه." فمنع الضرر عن الغير لا يوجب إلحاقه بذات الشخص.

ويتفق المشرع الجزائري مع المالكية في وجوب رفع الضرر عن الجار وهو المنصوص عليه في المادة 691 من القانون المدني: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له". ونلاحظ أن المشرع الجزائري يميز بين مضار الجوار المألوفة كضجيج الأطفال وصراخهم أثناء لعبهم، والتي لا تمكن الجار المضروب من الرجوع بالتعويض على المالك، وبين المضار التي تجاوزت الحد المألوف التي تمكن الجار من المطالبة بإزالتها. وللتمييز بين المضار المألوفة والمضار غير المألوفة، وجه القاضي إلى مراعاة العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، وكذا الغرض الذي خصصت له⁽²⁾.

ثانيا: حق الارتفاق بالشرب

حق الارتفاق بالشرب متفق عليه في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، وهو يختلف بحسب أنواع المياه التي ينتفع بها العقار، من مياه الأنهار الكبيرة والصغيرة ومياه الآبار والعيون والسيول وغيرها. أما مقدار حق الشرب فهو الإرواء، لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله، وهو يختلف باختلاف الأرضين، وما فيها من شجر ونبت، ووقت الشرب صيفاً وشتاء،

(1)-الإمام مالك، المدونة، ج4ص 314.

(2)-أسماء مكّي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، رسالة دكتوراه، تحت إشراف الدكتور الغوتي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016م، ص.157.

الفصل الثالث الإلزام بنزع الملكية أو بتقييدها عند ابن حزم مقارنة بالمذهب المالكي...

وحال الماء في استمراره وانقطاعه، ولهذا فالمعتبر في حق الشرب هو قدر الكفاية، والكفاية معتبرة بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة. ولا يدخل في حق الشرب - بالكسر - سقي الإنسان والحيوان، بل ذلك يسميه الفقهاء حق الشفة.

ومذهب ابن حزم أن الأولوية في الأنهار العامة تكون للأعلى حتى يستوفي كفايته، أما ما تدخلت فيه يد الإنسان فيخضع للقسمة بحسب الحصص، وفي ذلك يقول: "وأما الشرب من نهر غير متملك، فالحكم أن السقي للأعلى فالأعلى لاحق للأسفل حتى يستوفي الأعلى حاجته، وحق ذلك أن يغطي وجه الأرض حتى لا تشربه ويرجع للجدار أو السياج، ثم يطلقه ولا يمسكه أكثر، وسواء كان الأعلى أحدث ملكاً أو إحياء من الأسفل، أو مساوياً له، أو أقدم منه، ولا يتملك شرب نهر غير متملك أصلاً، ولا شرب سيل، وتبطل الدول والقسمة فيها - وإن تقدمت - إلا أن يكون قوم حفروا ساقية وبنوها، فلهم أن يقتسموا ماءها بقدر حصصهم فيها"⁽¹⁾. وفي ذات السياق يقول الباجي: "وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سحنون: إن هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد ماءه يصنع به ما شاء، ووجه ذلك أن رقبة العين والبئر ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع، أو هبة"⁽²⁾. وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 692 من القانون المدني: "الأرض ملك لمن يخدمها، وتعتبر جميع موارد المياه ملكاً للجماعة الوطنية"

ثالثاً: حق الارتفاق بالمطالات

يقصد بها تلك الفتحات التي يحدتها المالك حيث يمكنه النظر من خلالها إلى الخارج، وذلك مثل النوافذ والشرفات، وهو مختلف في كليته بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري.

(1)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص82.

(2)- الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، ج6 ص33.

فذهب ابن حزم إلى مشروعية إحداث المطلات والمناور دون اعتبار أي قيد سوى منعه من الاطلاع على الغير، وهو المنصوص عليه في قوله: " ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب، أو أن هدمه إن شاء في دار جاره، أو في درب غير نافذ أو نافذ، ويقال لجاره: ابن في حقتك ما تستر به على نفسك؟ إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط"⁽¹⁾.

أما الملكية فقد منعوا من ذلك لتحقق المضرة على الجار سوى ما اكتسب بحق التقادم، وهو الاستفادة من قول الإمام مالك: " رأيت الرجل يريد أن يفتح في جداره كوة أو بابا يشرف منهما على جاره فيضرب ذلك بجاره، والذي فتح إنما فتح في حائط نفسه أئمنع من ذلك في قول مالك؟ قال: بلغني عن مالك أنه قال: ليس له أن يحدث على جاره ما يضره وإن كان الذي يحدث في ملكه. قلت: رأيت إن كانت له على جاره كوة قديمة أو باب قديم ليس فيه منفعة وفيه مضرة على جاره أيجبره أن يغلق ذلك عن جاره؟ قال: لا يجبره على ذلك؛ لأنه أمر لم يحدثه عليه"⁽²⁾.

ويتفق المشرع الجزائري مع المذهب المالكي في تقييد حق المطلات، وهو ما نصت عليه المادة 709 من القانون المدني: " لا يجوز للجار أن يكون على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من النتوء." ويقصد بالمطل المواجه الذي يمكن من خلاله النظر على ملك الجار مباشرة، دون الالتفات يمينا أو يسارا أو الانحناء. وقد حدد النص القانوني المسافة بمترين واعتبر دونها خاص بالمطلات المنحرفة وقدرها بستين سنتيمتر، وفق المادة 710 من القانون المدني: " لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين (60) سنتيمتر من حرف المطل، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور، هو في

(1)- ابن حزم، المحلى، ج7 ص 84 - 85.

(2)- الإمام مالك، المدونة، ج3 ص 408.

الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام." ومن خلال نفس المادة يتضح لنا أن هناك مطلات معفاة من قيد المسافة، وهي التي تفتح على الطريق العام.

أما إذا كان المطل غير مستوفي لقيد المسافة، كان لمالك العقار المجاور طلب سده، فإذا ظل المطل مفتوحا على أقل من المسافة القانونية لمدة خمسة عشرة سنة (15)، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاع المطل بالتقادم.

الفرع الثالث: شهر ونفاذ حق الارتفاع

يعتبر شهر العقود من الوسائل التي تحفظ الحقوق من الزوال، أو من وقوع الظلم عليها، أو من أكل أموال الناس لها بالباطل، وهو متفق عليها في كليتها بين الفقه الظاهري والمالكي والتشريع الجزائري.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل الإجراءات الشكلية من أهم الوسائل لإثبات الحقوق، وفق قاعدة تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة.

أولا: معنى الإشهار والتسجيل

ويقصد به إشهار التصرفات الواردة على العقار، أو كل حق عيني عقاري في مجموع البطاقات العقارية التي تمسكها وتديرها مصلحة المحافظة العقارية. وفق ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تديرها مصلحة الشهر العقاري."

أما التسجيل، فتختص به مصلحة الضرائب وهو نظام شخصي يجري وفقا للأسماء وليس بحسب العقارات، فهو لا يصحح العقود الباطلة ولا يكمل العقود الناقصة، فمصلحة الشهر العقاري تبحث في أصل الملكية أو الحق العيني الذي يتم في حدود البيانات المقدمة من أصحاب

الشأن والأوراق المؤيدة لها، ويتم إجراء الشهر بعد التحقق من صحة هذه البيانات⁽¹⁾.

ثانياً: آثار الشهر

جاء في مضمون المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري: "أن العقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل، أو انقضاء حق عيني، لا يكون له أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية"⁽²⁾. فالشهر العقاري يؤدي إلى تثبيت الحقوق العينية، وخلق نظام علني قوي لا يسمح بأكل أموال الناس بالباطل. وهذه الحقوق تسري في مواجهة الكافة من تاريخ الشهر ما عدا الحقوق الميراثية التي تنتقل فيها الملكية بالوفاة.

القادر للعلوم الإسلامية

(1) - معوض عبد الثواب، الشهر العقاري والتوثيق (علما وعملا)، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص 13.

(2) - الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395هـ، الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 م، يتضمن مسح الأراضي العام والسجل التجاري .

الختامة

جامعة الأمير عبد
المنعم للإسلامية

ذكرنا سابقا في مقدمة البحث، الإشكالية وما يتفرع عنها من أسئلة ثانوية، وحرى بي الآن وقد وصلت إلى مرحلة نتائج البحث أن أجيب عن تلك الأسئلة.

أولاً: الإلزام بالأموال استثناء من قاعدة الأصل براءة الذمة، وهو متفق عليه بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري، إلا أن تفعيل هذا الاستثناء مختلف فيه بين المنهج النصي والمنهج التعليلي، بحسب القواعد والأصول التي بني عليها كل منهما، فكلاهما متفقان في أن النص (الكتاب والسنة) أو (النص القانوني) له سلطة الإلزام، ويزيد المالكية والمشرع الجزائري العرف والمصلحة (المتحققة في شروط العقد مثلاً).

أما سلطة الحاكم؛ فهي من وسائل الإلزام عند ابن حزم، لا من مصادره، ولذلك أسقط الغرامة المالية؛ وجعلها من أنواع أكل أموال الناس بالباطل لأنه لم يصح فيها نص، خلافاً للمالكية والمشرع الجزائري الذين جعلوا للحاكم سلطة الإلزام بحسب قاعدة التعليل المصلحي فأجازوها.

ثانياً: أكثر المسائل التي عولجت في هذا البحث، هي مسائل تخص الإلزام بالدفع لا الإلزام بالترع، وإن كان في كليهما مساس بحرمة المال وإخراجها من ذمة المكلف، مع ملاحظة أن الإلزام بالدفع تحقيق لمصلحة رد الحقوق وإنصاف لأصحابها، ودفع مفسدة أكل أموال الناس بالباطل، كالإلزام بدفع النفقة أو بسداد الديون، أما الإلزام بالترع فهو الموازنة بين المصالح المتزاحمة كالشفعة والارتفاق، أو الموازنة بين المفاصد في ارتكاب أخف الضررين كما في مسألة الحجر.

ثالثاً: مقاصد الشريعة عند ابن حزم، مقاصد تعبدية لا تعتمد على التعليل المصلحي، بل يقوم بتعبدية الحكم إلى فروعه عن طريق الاسم الأعم، وقد تبين لنا في أكثر من موضع مرونة ابن حزم في تعامله مع النص واستثماره في تحقيق قاعدة (وتعانوا على البر والتقوى)، من ذلك تعميمه لإلزامية النفقة على الغير سواء كانوا أصولاً أو فروعاً أو من الحواشي خلافاً

للمالكية الذين جعلوا لها حدودا جد ضيقة، وهذا نص قوله: " ليس في المضارة أكثر من أن يموت موروثه جوعا وبردا - وهو غني - فلا يرحمه بأكلة، ولا بشيء يستره به ويمنع منه الموت من البرد، وهذا عين المضارة، بلا شك عند أحد"⁽¹⁾.

رابعا: الاختلاف بين ابن حزم والمالكية والمشرع الجزائري حول مسائل الإلزام بالدفع، ينعكس على تحديد من هو الممتنع عن الأداء؟ حتى نستطيع حمله وجبره على الأداء، ونجد ذلك واضحا في مسألة الزكاة، فالممتنع عن أدائها لا يحمل عليها وفقا للقانون الجزائري، مع اختلاف بين ابن حزم والمالكية حول الممتنع عن أداء زكاة عروض التجارة.

خامسا: المشرع الجزائري يتفق ويختلف مع المنهج الظاهري والمذهب المالكي، كشأن جميع المذاهب، وله اجتهادات معتبرة في إلزام الممتنعين عن الأداء لرد المظالم إلى أصحابها. وهي إجراءات معتبرة شرعا ما لم تخالف مقصدا شرعيا .

سادسا: انتهيت إلى نتيجة حتمية، أعربت عن أسبابها أثناء كتابة مقدمة البحث، وهي سقوط أسطورة الحرفية والظاهرية المتشددة في التعامل مع النص، فقد وقفت على عقلية فذة وجبارة في استثمارها للنصوص الشرعية، وهذا لا ينفي وقوعها في الخطأ، فالعصمة للأنبياء، وكل يؤخذ من كلامه ويرد إلا صاحب الروضة الشريفة نبينا محمد ﷺ.

(1) - ابن حزم المحلى ج 9 ص 274.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1)

(2)

(*)

-(1)

-(2)

-(3)

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية